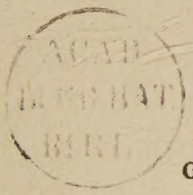
Die Aufrechnung des Gläubigers im Konkurse des Schuldners.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig



eingereicht von

Arthur Hilker
Gerichtsassessor in Cöln.

Cöln
Buchdruckerei Hermann Elkan.
1906.

Dem Gedächtnis

meines Vaters

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0039

LITTERATURVERZEICHNIS.

I. Kommentare

zum bürgerlichen Gesetzbuch und zur Konkursordnung.

1. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. München 1906.
2. Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1903.
3. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
4. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin 1900 Bd. 2
5. Jäger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Berlin 1904.
6. Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, Lahr 1900.
7. Sarwey-Bossert, Die Konkursordung für das Deutsche Reich Berlin 1901.
8. Wilmowski-Kurlbaum, Deutsche Reichskonkursordnung, Berlin 1906.
9. Wolff, Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen, Berlin 1900.

II. Lehrbücher

des bürgerlichen Rechts und des Konkursverfahrens.

10. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1, Jena 1903.
11. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen-Leipzig 1902.

12. Dernburg, a) Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, Halle 1904/05.
13. Dernburg, b) Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Halle 1897, Bd. 2. (citiert: Dernburg P.).
14. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1903.
15. Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht Bd. 1, Berlin 1896,
16. Mandry-Geib, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, Freiburg 1898.
17. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1900.
18. v. Aufsess, Konkursrecht und Konkursverfahren, Leipzig 1899.
19. Endemann, Das deutsche Konkursverfahren, Leipzig 1889. (citiert: Endemann K.).
20. Fitting, Das deutsche Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren, Berlin 1904.
21. Kohler, a) Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, Stuttgart 1903.
22. b) Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891, (citiert Kohler L.).
23. Rintelen, Das Konkursrecht, Halle 1902.
24. Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht, Leipzig 1899.

III. Materialien, Zeitschriften und Speziallitteratur.

25. Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung und dem Entwurf des Einführungsgesetzes (Drucksachen des Deutschen Reichstages 1874 No. 200).
26. Protokolle der Reichstags-Kommission. Erste Lesung, (Drucksachen des Deutschen Reichstages 1876 No. 4).

27. Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.

28. Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. I, Die Gläubiger. Stuttgart 1891.

29. Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler. Ring, Oertmann.

Bd. 21 S. 171 ff. Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld.

30. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow, Küntzel, Eccius.

Bd. 42 S. 15 Eccius, Die eventuelle Aufrechnung,
S. 123 „ Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung nach bürgerlichem Gesetzbuch.

31. Das Recht, herausgegeben von Soergel.

1901 S. 448, Oertmann, die Rechtsbeständigkeit von Forderung und Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung.

1903 S. 249 Sievers: Bürgschaft und Aufrechnung.
S. 308 Conrades, Bürgschaft und Aufrechnung.

32. Deutsche Juristenzeitung, begründet v. Laband, Stenglein, Staub.

1898 S. 256 Mansfeld, Zur Lehre von der eventuellen Aufrechnung.

1901 S. 530 Friedrichs, Aufrechnung, Konkurs, Giroverkehr,

33. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan & Falkmann.

34. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts.

35. Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins.

36. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

37. Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus.
Bd. 20 S. 1 Kohler, Kompensation und Prozess,
„ 24 S. 1 „ , die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.
„ „ S. 50 Stölzel, Zur Verständigung über die Eventualaufrechnung.
„ 26 S. 1 Kohler, Die Aufrechnung nach dem bürgerl. Gesetzbuch.
38. Siber, Kompensation und Aufrechnung, Leipzig 1899.
39. v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Kompensation im Konkurse nach österreichischem Rechte und mit Berücksichtigung konkursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs, Berlin 1881.

INHALTSANGABE.

A. Einleitende Vorbemerkungen.

§ 1. Konkursanspruch und Kompensation. . . . . Seite 11

§ 2. Die rechtliche Natur der Konkurskompensation und die Grenzen der konkursrechtlichen Sondervorschriften. Seite 15

§ 3. Das Verhältnis der Bestimmungen der Konkursordnung über die Gläubigerkompensation zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Aufrechnung. . . Seite 21.

B. Die Aufrechnung des Gläubigers im Konkurse des Schuldners.

§ 4. Die Geltendmachung der Aufrechnung im Konkurse.

1. Die Aufrechnungserklärung. . . . . Seite 23
2. Die Wirkung der Konkursbeteiligung seitens des aufrechnungsberechtigten Gläubigers. . . . . Seite 26
3. Die Einwirkung des Zwangsvergleichs auf die Konkurskompensation. . . . . Seite 29.

§ 5. Die Voraussetzungen der Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. . . . . Seite 31

1. Geschuldete Leistungen . . . . . „ 32
2. Gegenseitigkeit der Forderungen . . . . „ 40
3. Gleichartigkeit der Forderungen. . . . . „ 48
4. Fälligkeit der Forderungen . . . . . „ 49

I. Die Erweiterungen des Aufrechnungsrechts im Konkurse bezüglich der Gleichartigkeit und der Fälligkeit der Forderungen.

§ 6. Die Aufrechnung ungleichartiger Forderungen . Seite 50
§ 7. Die Aufrechnung betagter, bedingter und illiquider Forderungen. . . . . Seite 53
1. Die betagten Forderungen . . . . . „ 53
a) Die Forderung des Gläubigers ist fällig und die Forderung des Kridars ist betagt.
b) Die Forderung des Kridars ist fällig und die Forderung des Gläubigers ist betagt.
c) Beide Forderungen, sowohl die des Gläubigers wie die des Gemeinschuldners, sind betagt.
2. Die bedingten Forderungen. . . . . Seite 56
a) Eine der Forderungen ist auflösend bedingt,
b) Die Forderungen sind aufschiebend bedingt und zwar:
a) die Forderung des Gläubigers,
b) die Forderung des Kridars,
c) beide Forderungen.
c) Zusammentreffen von auflösend und aufschiebend bedingten Forderungen.
3. Die illiquiden Forderungen. . . . . Seite 60

II. Die Beschränkungen des Kompensationsrechts im Konkurse hinsichtlich der Gegenseitigkeit der Forderungen.

§ 8. Die Forderung an den Gemeinschuldner ist vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens erworben und nach derselben ist eine Schuld an die Masse entstanden. Seite 62
§ 9. Die Schuld an den Kridar ist vor der Eröffnung des Verfahrens entstanden, die Forderung an denselben nach der Konkurseröffnung. . . . . Seite 66

§ 10. Die Schuld und die Forderung des Gläubigers sind vor der Eröffnung des Verfahrens entstanden. . . Seite 68

§ 11. Die Wirkungen der nach ausländischem Recht von einem im Ausland wohnenden Gläubiger erklärten Aufrechnung entgegen der Vorschrift des § 55 K. O. . . Seite 72

C. Anhang.

§ 12. Die Besonderheiten der Aufrechnung im Gesellschafts- und Genossenschaftskonkurs. . . . . Seite 76

§ 13. Die Besonderheiten der Kompensation im Nachlasskonkurs Seite 78

ABKÜRZUNGEN.

B. G. B. — Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
C. P. O. — Deutsche Zivilprozessordnung vom 17. Mai 1898.
K. O. — Deutsche Konkursordnung vom 17. Mai 1898.
R. G. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
J. W. — Juristische Wochenschrift.
O. L. — Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
J. Z. — Deutsche Juristenzeitung.

A. EINLEITENDE VORBEMERKUNGEN.

§ 1.

Konkursanspruch und Kompensation.[1])

Im Konkurse handelt es sich regelmässig um eine Mehrheit von vermögensrechtlichen Forderungen, zu deren vollständigen, restlosen Befriedigung der Schuldner nicht in der Lage ist. Gerät der Schuldner in Vermögensverfall, so dass es ihm nicht möglich ist, die Forderungen seiner Gläubiger zu decken, so ist dadurch für den einzelnen Gläubiger der sogenannte „Konkursanspruch" entstanden. Unter diesem Begriff, der von den Motiven[2]) zuerst aufgestellt worden ist, versteht man das Recht des einzelnen Gläubigers zu verlangen, dass aus dem Vermögen des Schuldners eine gemeinschaftliche, gleichmässige und ausschliessliche Befriedigung der vorhandenen Gläubiger in einem gesetzlich geordneten Verfahren, eben dem Konkursverfahren, stattfinde.

Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners verbunden mit der Kollision der gegen ihn bestehenden Forderungen gibt dem einzelnen Gläubiger einen Anspruch darauf, dass einerseits der Gemeinschuldner nicht durch Verschleuderung seines Vermögens, durch vollständige Befriedigung eines einzelnen Gläubigers oder durch das Kontrahieren neuer Schulden die Befriedigung der übrigen Gläubiger beeinträchtigt und andererseits ein einzelner Gläubiger sich nicht selbständig zum Nachteil der übrigen Deckung verschafft.

[1]) Vgl. über das Folgende v. Schrutka-Rechtenstamm S. 50 ff, Motive S. 14 ff
[2]) Motive S. 15.

Begründet wird der Konkursanspruch also durch den Vermögensverfall des Schuldners, nicht erst durch die vom Gericht beschlossene Eröffnung des Verfahrens. Infolge des Eröffnungsbeschlusses wird nur das Bestehen des Konkursanpruchs durch richterliche Entscheidung festgestellt. Was der Kridar nach dem decretum de aperiundo concursu hinsichtlich seines durch die Konkurseröffnung in Beschlag genommenen Vermögens vornimmt, entbehrt jeder Wirkung seinen Gläubigern gegenüber, die Handlungen, welche vorher unter Verletzung des Konkursanspruchs vorgenommen worden sind, sind der Anfechtung unterworfen.

Die Konkursordnung selbst hat nun aber in mancherlei Beziehung den Konkursanspruch, dessen Inhalt man kurz mit den Worten „par condicio creditorum" bezeichnen kann, durch positive Vorschriften umgestaltet.

Zunächst bestimmt § 3 Abs. 1 K. O., dass die Konkursmasse d. h. (§ 1 Abs. 1 K. O.) nur das einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, zur Befriedigung dienen soll. Und zwar soll nur eine Befriedigung der „Konkursgläubiger" aus dieser Masse stattfinden, d. h. aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben.

Ist also einerseits das zur Befriedigung dienende Vermögen des Gemeinschuldners umgrenzt, so ist anderseits auch noch bestimmt, dass nur die persönlichen Gläubiger in das Konkursverfahren treten.

Damit scheiden alle diejenigen Gläubiger von der gemeinschaftlichen, gleichmässigen Befriedigung aus, die einen dinglichen Anspruch gegen den Gemeinschuldner haben.

Ihnen räumt die Konkursordnung Sonderrechte ein und

isoliert auf Grund des dinglichen Rechts gewisse Werte von der Masse.

Unter den dinglich Berechtigten muss man wieder nach den Bestimmungen der Konkursordnung unterscheiden zwischen denjenigen, welche einen Aussonderungs- (§§ 43 ff K. O.) und denjenigen, welche einen Absonderungsanspruch (§§ 47 ff K. O.) geltend machen. Die ersteren interessieren hier nicht. Denn der einen Aussonderungsanspruch geltend machende Gläubiger nimmt einen Gegenstand für sich in Anspruch, der dem Gemeinschuldner garnicht gehört, also auch nicht nach der oben angegebenen Definition in die Konkursmasse fällt. Die Absonderungsrechte geltend machenden Gläubiger nehmen dagegen spezielle Gegenstände, welche an sich zur Konkursmasse gehören, ein besonderes wirtschaftliches Gut des Schuldners, als ihnen „vorzugsweise" verpflichtet in Anspruch. Ihnen steht — „eine Durchbrechung des Grundsatzes der „par condicio creditorum und des „Konkursanpruchs" — gemäss §§ 47 ff. K. O. das Recht zu, aus den ihnen verhafteten Gegenständen unter Ausschluss aller übrigen Gläubiger abgesonderte Befriedigung ausserhalb des Konkurses zu verlangen.

Aber auch der im § 3 Abs. 1 K. O. ausgesprochene Grundsatz der par condicio creditorum hinsichtlich der bei Eröffnung des Konkurses vorhandenen persönlichen Gläubiger wird von der Konkursordnung durchbrochen. Zunächst ist hier hervorzuheben die „Klassifizierung" der Konkursgläubiger (§ 61 Abs. 1—5 K. O.), deren Forderungen vor den übrigen gegebenenfalls bis zum vollen Betrage getilgt werden, während die übrigen Konkursgläubiger nur prozentualiter Deckung erlangen.

Jedoch auch in der Gruppe der nicht bevorrechtigten Forderungen (§ 61 Abs. 6 K. O.) wird die aus dem Konkursanspruch hervorgehende strenge Rechtskonsequenz durchbrochen. Denn zu den möglichen, die Konkursmasse bildenden Vermögenswer-

ten gehören auch die Forderungen, die der Kridar dritten Personen gegenüber hat. Gemäss dem Konkursanspruch müssten auch alle diese Forderungen zur gesetzlich geregelten gleimässigen Verteilung unter die sämtlichen Gläubiger verwendet werden. Es kommt aber nicht gerade selten im Konkursverfahren vor, dass ein Schuldnerdes Kridars zugleich wieder dessen Gläubiger ist. Nach der Regel müsste nun eigentlich der Gläubiger seine Schuld voll und ganz zur Konkursmasse einzahlen und sich dann später mit einer Quote der von ihm anzumeldenden Forderung in Form einer Dividende oder Vergleichsrate begnügen. Dieses würde aber weder der Billigkeit noch den Anschauungen des Verkehrs entsprechen. Die Konkursordnung steht daher im Gegensatz zu der in früherer Zeit in Theorie, Gesetzgebung und Praxis herrschend gewesenen Ansicht, dass im Konkurse soweit möglich zu Gunsten der Masse entschieden und das Recht Dritter auf alle Weise beschränkt werden müsse, auf dem Standpunkte[1]), dass, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung die Forderung des Gläubigers an den Gemeinschuldner seiner Schuld an den Gemeinschuldner gegenüberstand, der Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen das Recht zur Aufrechnung habe, d. h. einen Anspruch auf Deckung vor den anderen Gläubigern, ohne dass es darauf ankomme, ob er zu dieser Zeit bereits nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufrechnen konnte.

Dadurch nun, dass es dem Gläubiger — wie weiter unten ausgeführt werden wird — gestattet ist, den Vermögenswert, den er dem Kridar anderweitig schuldet, nicht zum Vorteil aller an die Masse abzuführen, sondern seine Schuld zur Tilgung seiner Forderung zu verwenden, ist also auch bezüglich der persönlichen nicht bevorrechtigten Gläubiger der Grundsatz der par condicio creditorum durchbrochen.

[1]) v. Wilmowski-Kurlbaum Vorbem. 1 vor § 53. Petersen-Kleinfeller A 1 vor § 53, Motive S. 227.

Die Kompensation im Konkurse ist also eine Verletzung des Konkursanspruchs.

§ 2.

Die rechtliche Natur der Konkurskompensation und die Grenzen der konkursrechtlichen Sondervorschriften.

Die Konkurskompensation hat weniger den Zweck, die Zahlung zu vermeiden, als denjenigen dem Konkursgläubiger, der zugleich Schuldner des Kridars ist, für die Forderung an den Kridar eine Deckung zu geben.

Die Kompensation ist für den Gläubiger im Konkurse ein Deckungsrecht gleich dem Retentions- und Pfandrecht. Damit soll aber nicht gesagt werden, dass die Aufrechnung nach der Konkursordnung ein wirkliches, wenn auch eigentümlich geartetes Absonderungsrecht sei[1]), sondern sie unterliegt durchaus eigenen Regeln und die Vorschriften der Konkursordnung über die Absonderung sind mangels einer diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmung nicht auf die Kompensation anzuwenden.[2]) Allerdings muss zugegeben werden, dass sich die Behandlung der Konkurskompensation sehr der des Absonderungsanspruchs nähert, und dass ganz äusserlich betrachtet der Zusammenhang der beiden Materien dadurch in die Erscheinung tritt, dass dem über die Absonderung handelnden Titel 5 der Konkursordnung sofort die im 6. Titel behandelte Aufrechnung folgt[3]). Aber dieses stempelt den Kompensationsanspruch noch nicht zu einem Absonderungsanspruch. Vielmehr folgt gerade aus der Trennung der Kompensation und des Absonderungsanspruchs im 2. Titel, dass das

[1]) So v. Schrutka-Rechtenstamm S. 26.

[2]) Fitting § 21 S. 248 Note 2, Petersen-Kleinfeller A 3 vor § 53, Jäger § 64 A 1 c R. G. Bd. 26 S. 116.

[3]) Die preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 spricht von der Kompensation Titel I. Abschnitt 10 §§ 95—98 noch nicht in diesem Zusammenhange.

Gesetz den Begriff der Absonderungsberechtigten nicht auf die Kompensationsberechtigten hat ausdehnen wollen. Die Motive[1]) scheinen zwar die Kompensation mit einem Absonderungsrechte zu identifizieren, wenn sie ausführen: „dem Rechte des Gläubigers, sich an eine Sache des Gemeinschuldners, welche er in seinem Besitz hat, abgesondert vor den anderen Gläubigern zu halten und sich aus dieser zu befriedigen, entspricht die Befugnis des Gläubigers, das Geld, welches er dem Gemeinschuldner anderweit schuldet, nicht zum Nutzen aller zur Konkursmasse zu zahlen, sonder diese seine Schuld zur Tilgung seiner Forderung abgesondert von den übrigen Gläubigern zu verwenden." Jedenfalls ist aber dieser in den Motiven ausgesprochene Gedanke, wie auch v. Schrutka-Rechtenstamm[2]) nicht leugnen kann, nicht Gesetz geworden. So führt auch Wolff[3]) aus, „die Kompensation, gesichert durch die Retention einer Forderung und mit dem Rechte der Befriedigung aus der zurückgehaltenen Forderung sieht dem Absonderungrecht ähnlich, eine Ähnlichkeit, die auch zu der entprechenden Anwendung des § 50 und § 56 K. O. geführt hat. Zur weiteren rechtlichen Consequenzen darf die Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute jedoch nicht benutzt werden."

Was die Grenzen der konkursrechtlichen Sondervorschriften angeht, so ist es m. E. unrichtig, wie es in der Litteratur geschieht, aus der Vorschrift des § 53 K. O.:

> „Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen."

den Schluss zu ziehen, dass sich die sämtlichen Bestimmungen der Konkursordnung über die Aufrechnung nur auf die Konkursgläubiger im technischen Sinne des § 3 Abs. 1 K. O.

[1]) Motive S. 226.
[2]) v. Schrutka-Rechtenstamm S. 34, 44 Abs. 3.
[3]) Wolff § 53 A 1.

bezögen, die regelmässig, falls sie für ihren Anspruch gegen den Kridar aus dem Vermögen desselben, wenn auch nur prozentualiter, Deckung erlangen wollen, ihre Forderungen zur Konkurstabelle anmelden müssen, wenn sie nicht Gefahr laufen wollen, bei der demnächst erfolgenden Ausschüttung der Masse unberücksichtigt zu bleiben. So sagt z. B. Endemann[1]): „Der Rahmen, in dem sich die Vorschriften der Konkursordnung bewegen, umfasst allein die Aufrechnung, welche ein Gläubiger, der bereits als „Konkursgläubiger" im Konkurse aufgetreten ist oder in demselben auftreten kann, während des Konkursverfahrens geltend macht, um seine Forderung durch Ausgleichung mit einer Schuld, welche er sonst an die Masse abführen müsste, zu decken."

Dass diese entwickelte Ansicht nicht die richtige ist, ergiebt sich aus folgendem.

Wenn auch zugegeben werden muss, dass sich der § 53 K. O. allein nur auf die „Konkursgläubiger" im technischen Sinne des § 3 K. O. beziehen kann, da nur diese ihre Ansprüche „anzumelden" haben, so fehlt bei der allgemeinen Fassung der §§ 54, 55 K. O., welche ganz allgemein von „Gläubiger" von „je nand„ sprechen, doch jeder weitere positive Anhalt dafür, dass der Gesetzgeber im 6. Titel nur die Aufrechnung der „Konkursgläubiger" habe regeln wollen, zumal das Gesetz sonst stets von „Konkurs"-Gläubigern spricht, wenn nur diese getroffen werden sollen. Auch ergiebt sich das gerade Gegenteil der oben angegebenen Ansicht aus dem Text des Gesetzes selbst. Hier heisst es im § 55 No. 1 K. O. . . . . „ wenn jemand vor oder nach der Eröffnung . . . erworben hat," wodurch die Aufrechnung einer nach Konkursbeginn entstandenen Forderungen an den Kridar gegen eine Forderung der Masse verboten, als doch ohne jeden Zweifel ein nicht Konkursgläubiger getroffen ist.[2])

[1]) Endemann K. S. 196. Ebenso Fitting § 21 Note 27. Seuffert S. 232.

[2]) Jäger § 53 A 7, § 54 A1., Mandry-Geib S. 448 f. Petersen-Kleinfeller A. 3. vor § 53, Wolff § 53 A 5, § 54 A 1.

Die Entscheidung wird z. B. praktisch, wenn es sich um die Beantwortung der Frage handelt, ob Gläubiger, welche ihre Forderungen nach § 63 K. O. als Konkursforderungen nicht anmelden können, die Befugnis haben, unter Anwendung der §§ 54, 55 K. O. gegen eine Schuld an die Konkursmasse aufzurechnen. Nach Endemann a. a. O. müsste diese Frage mit einem strikten „Nein" beantwortet werden, nach der oben begründeten Auffassung ist sie mit „Ja" zu beantworten.[1]) Dass ein Gläubiger mit nach § 63 K. O. unanmeldbaren Forderungen aufrechnen könne, ist übrigens auch die Ansicht von Oetker[2]) und Dernburg[3]) Trotzdem diese beide aber nun die Anwendbarkeit der §§ 55, 56 K. O. verwerfen, fordern sie gleichwohl, dass die Aufrechenbarkeit bereits zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden sein müsse. Die Antwort auf die Frage, auf Grund welcher Bestimmungen sie denn diese Forderung beim Bestreiten der Anwendbarkeit der §§ 55, 56 K. O. erheben, bleiben sie aber schuldig. Ebenso wollen auch Willmowski-Kurlbaum[4]) die Aufrechnung mit den unanmeldbaren Forderungen des § 63 K. O. dem Gläubiger gestatten und dabei die Beschränkungen des § 55 K. O. angewendet sehen, den § 54 K. O. mit seinen Begünstigungen aber ablehnen. Die Antwort, worauf sie diese Zweiteilung gründen, bleiben aber auch sie schuldig.

Festzustellen ist weiterhin, dass die Konkursordnung sich ausschliesslich mit der Befugnis des Gläubigers befasst, während des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner, bezw. dem Konkursverwalter gegenüber die Aufrechnung geltend zu machen, und auch nur dieses Kompensationsrecht des

[1]) So auch Sarwey-Bossert § 53 A 2 No. 4, Petersen-Kleinfeller Vorbem. 3 vor § 53, Jäger § 53 A 7.

[2]) Oetker S. 232 Note 2

[3]) Dernburg P II. § 120. S. 308 Note 8.

[4]) Wilmowski-Kurlbaum § 53 A 6. Gl. Ansicht. Petersen-Kleinfeller A 3. vor § 53, Fitting § 21 S. 260 Note 37, S. 255, Note 26. Sarwey-Bossert § 53 A 2. No. 4, Seuffert S. 233.

Gläubigers soll Gegenstand dieser Abhandlung sein.

Es sind in dem Gesetze keinerlei Bestimmungen getroffen über die Befugnis des Konkursverwalters im Konkurse mit einer zur Masse gehörenden Forderung gegen die Konkursforderung des Gläubigers zu kompensieren. Ebensowenig trifft die Konkursordnung Vorschriften darüber, in wieweit während des Konkurses das Kompensationsrecht vertraglich eingeräumt werden könne. Die Beurteilung des ersten Falles richtet sich einzig und allein nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs und sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze massgebend. Dabei ist aber zu beachten, dass die materielle Einwirkung des Konkurses auf die Forderung des Gläubigers (z. B. §§ 69, 65 K. O.) auch für das Kompensationsrecht des Verwalters in Betracht kommt; was namentlich wegen des Erfordernisses der Gleichartigkeit von Wichtigkeit sein kann. Die vertragsmässige Einräumung des Aufrechnungsrechts entgegen den als lex publica, d. h. zwingendes Recht anzusehenden Bestimmungen der §§ 55, 56 K. O. ist ohne Ausnahme als unwirksam anzusehen. Dieses heben auch die Motive[1]) „vertragsmässige Einräumung einer Kompensationsbefugnis entgegen den §§ 48, 49, 55, 56 will der Entwurf ohne Ausnahme abschneiden," ausdrücklich hervor. Ebenso ist gleicher Ansicht das Reichsgericht[2]) welches sagt, dass der Ausschluss der vertraglichen Einräumung der Kompensationsbefugnis völlig dem Gesetze entspräche. Denn dieses gehe erkennbar davon aus, „dass Rechte auf abgesonderte Befriedigung, welche zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht bestanden nachher abgesehen von den Erweiterungen des § 47 (54) K. O. nicht mehr sollen erworben werden können."

---

[1]) Motive S. 228.

[2]) R. G. Bd. 33 S. 48. Bd. 40 S. 125. Vgl. auch Seufferts Archiv 49 No. 71 Fitting § 21 S. 253 Note 19.

Dagegen läuft eine vertragsmässige Entsagung oder ein rechtsgültiger Verzicht des Gläubigers auf das Aufrechnungsrecht dem Konkursrecht nicht zuwider, sondern schliesst die Aufrechnung im Konkurse aus[1]).

Nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmt sich auch die Aufrechnung mit einer konkursfreien Forderung des Gemeinschuldners und gegen eine solche, da in dieser Beziehung das Verhältnis unter den Beteiligten genau dasselbe ist, als wenn überhaupt keine Konkurseröffnung stattgefunden hätte[2]). Ferner kommen die besonderen Vorschriften der Konkursordnung über die Aufrechnung nicht zur Anwendung bei Aufrechnung mit einer Masseforderung oder gegen eine solche, da nach § 57 K. O. aus der Konkursmasse die Massekosten und Masseschulden vorweg zu berichtigen sind, also auch ohne Aufrechnung in der Befriedigung den Konkursforderungen vorgehen.

Die Vorschriften der Konkursordnung über die Aufrechnung sind aus der Natur des Konkurses entnommen und gelten deshalb nur für den Konkurs und während dessen Dauer. Nach der Beendigung desselben kann sich weder ein Gläubiger des Kridars auf die in § 54 K. O. zugelassenen Erweiterungen hinsichtlich betagter, bedingter oder nicht auf Geld gerichteter Forderungen berufen, noch sich der Kridar auf die Beschränkungen der §§ 55, 56 K. O. Es gelten dann grundsätzlich wieder die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Jedoch macht sich der Einfluss des Konkursrechts insofern noch nach Beendigung des Konkurses geltend, als die Forderung eines Gläubigers, die durch den Konkurs in ihrer ursprünglichen Beschaffenheit verändert worden und als Geldforderung festgestellt worden ist, nur in der veränderten Beschaffenheit zur Kompensation verwendet werden

[1]) Sarwey-Bossert § 53 A 3, Fitting § 90 S. 240, Motive S. 228.

[2]) Petersen-Kleinfeller § 53, Wilmowski-Kurlbaum Vorbem. vor § 53 No. 3 § 55 A 4 und die dort angegebene Litteratur.

darf. Weiterhin kommen einem Gläubiger, der während des Konkurses in zulässiger Weise die Aufrechnung erklärt hat, auch nach Beendigung oder Einstellung desselben die Vorteile des § 54 K. O. zu statten, da, wie später noch näher erörtert werden wird, infolge der Aufrechnungserklärung die beiderseitigen Forderungen rückwirkend erloschen sind[1]). Auch durch die rechtskräftige Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses wird der Aufrechnungsvollzug nicht rückgängig gemacht.

Bezüglich der Aufrechnung nach geschlossenem Zwangsvergleich siehe § 4, 3 der Abhandlung.

§ 3.

Das Verhältnis der Bestimmungen über die Gläubigerkompensation zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Aufrechnung.

Im § 53 K. O. heisst es:

„Soweit ein Gläubiger . . . . . befugt ist."

Dadurch will das Gesetz das Verhältnis seiner Bestimmungen über Aufrechnung zu den sonst geltenden Vorschriften bezeichnen und andeuten, dass vom Gesetzgeber auch nicht beabsicht ist, im 6. Titel der Konkursordnung eine erschöpfende Regelung des Aufrechnungsrechts des Gläubigers im Konkurse zu geben. Vielmehr soll für die Beantwortung der Frage, wann und inwieweit die Aufrechnung für den Gläubiger im Konkurse gestattet ist, in erster Linie das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs massgebend sein[2]).

Oberste Regel für die Aufrechnung des Gläubigers im Konkurse seines Schuldners ist also:

[1]) Endemann K. §38 S. 194 f. Wilmowski-Kurlbaum Anmk. 6 vor § 53. Petersen-Kleinfeller A 6 vor § 53. Motive S 228.

[2]) Sarwey-Bossert § 53 A 1 No. 1 und 2, Fitting § 21 S. 258 Abs. 1 J. W. 1897 S. 192.

„Eine Aufrechung ist im Konkurse soweit statthaft, als sie auch ausserhalb desselben zulässig wäre."

Es werden dann aber die Vorschriften des bürgerlichen Rechts von dem oben S. 14 angegebenen Standpunkte der Konkursordnung heraus, dass ein gültig erworbenes Recht zur Aufrechnung, auch wenn es nach den Bestimmungen des B. G. B. noch nicht ausgeübt werden dürfe, im Konkursverfahren doch Anspruch auf Deckung habe durch § 54 K. O. in mancherlei Beziehung erweitert. Andererseits werden die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs beschränkt durch den „Konkursanspruch" aller Gläubiger im Interesse der par condicio creditorum (§§ 55, 56 K. O.)

Darnach bestimmt sich der Gang der folgenden Darstellung: Es muss bei der Darstellung der Aufrechnung im Konkurse in der von uns S. 18 angegebenen Einschränkung stets auf die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs zurückgegriffen werden. Um aber nicht über den Rahmen des gestellten Themas hinauszugehen, wird zu den mannigfachen Streitfragen des Kompensationsrechts nach bürgerlichem Recht nur da Stellung genommen, und es werden diese Streitfragen nur dann in den Bereich der Erörterung gezogen, wo dieses zum Verständnis der Aufrechnung im Konkurse unbedingt erforderlich ist.

B. DIE AUFRECHNUNG DES GLÄUBIGERS IM KONKURSE DES SCHULDNERS.

§ 4.

Die Geltendmachung der Aufrechnung im Konkurse.

1. Die Aufrechnungserklärung.

Die Konkurskompensation erfolgt wie nach bürgerlichem Recht (§ 388 B. G. B.) durch formlose, aber unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Diese Erklärung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (§ 130 ff. B. G. B) und kann als rechtsgeschäftliche Verfügung über den Anspruch nur von einem Verfügungsberechtigten und gegenüber einem solchen erklärt werden.

Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens verliert nach § 6 K. O. der Gemeinschuldner, wenn er auch hinsichtlich seines nicht vom Konkurse erfassten Vermögens vollständig handlungsfähig und auch bezüglich seines konkursbefangenen Vermögens Eigentümer bleibt,[1]) die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen und geht diese auf den Konkursverwalter über. Deshalb kann die Aufrechnung bezüglich der zur Konkursmasse gehörenden Forderungen von dem Gläubiger nur dem Konkursverwalter gegenüber erklärt werden.

[1]) Motive S. 16.

Die Aufrechnungserklärung braucht von Seiten des Gläubigers nicht eine gerichtliche zu sein, noch ist es erforderlich, dass sie vor dem Konkursgericht oder den Konkursgläubigern erfolgt, es genügt vielmehr jede aussergerichtliche Erklärung des Willens der Aufrechnung dem Verwalter gegenüber.

Da eine zeitliche Beschränkung für diese Erklärung nicht besteht, so kann der Gläubiger ruhig warten und dieselbe dann abgeben, wenn er vom Verwalter zur Tilgung seiner Schuld aufgefordert wird. Eine sonstige Tätigkeit ist für den Gläubiger weder gegenüber dem Konkursgerichte noch gegenüber den Konkursgläubigern erforderlich.[1]).

Eine rechtswirksame entscheidende Erklärung auf die Aufrechnung seitens des Gläubigers kann ebenfalls nur von dem Konkursverwalter abgegeben werden.[2]) Im Falle des Bestreitens der Aufrechnungsbefugnis seitens des Konkursverwalters hat auf die Leistungs- oder Fesstellungsklage des Verwalters, die der Gläubiger ohne dass er selbst tätig zu werden braucht, ruhig abwarten kann, ausserhalb des Konkurses das Prozessgericht zu entscheiden. Natürlich ist es aber auch dem Gläubiger unbenommen, selbst gegen den Verwalter klagend vorzugehen[3]). Weder der Kridar noch auch die übrigen Konkursgläubiger sind zu einer entscheidenden Erklärung dem Gläubiger gegenüber befugt. Einmal deshalb, weil ihnen das Gesetz kein Recht auf Zuziehung wie bei der Feststellung der übrigen Konkursforderungen gewährt, und dann auch, weil der aufrechnende Gläubiger seine Befriedigung nicht aus der Konkursmasse selbst sucht, sondern abgesondert aus seiner Schuld: „Seine Forderung ist gleichsam mit einem Absonderungsanspruch versehen und daher ausser-

---

[1]) R. G. 20. 6. 92 J. W. S. 363 No. 8

[2]) Fitting § 21 S. 259, Oetker I. S. 231, Seuffert S. 234, Jäger § 53 A 29.

[3]) Motive S. 229

halb des Konkursverfahrens lediglich zwischen ihm und dem Verwalter abzutun[1]).“

Hinsichtlich der Forderungen, die von dem Konkurs nicht betroffen werden, hat naturgemäss die Aufrechnungserklärung dem Kridar selbst gegenüber zu geschehen[2]).

Nach dem § 389 B. G. bewirkt die Aufrechnungserklärung, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. „Soweit sie sich decken“ sind die beiderseitigen Forderungen auch im Konkurse durch die erklärte Aufrechnung erloschen. Übersteigt die Forderung des Gläubigers seine Schuld, so muss er diesen Überschuss als Konkursforderung im Konkurse verfolgen, im umgekehrten Fall muss er den Mehrbetrag seiner Schuld zur Masse einzahlen.

Nicht dagegen kann der Gläubiger, der seine Forderung nicht angemeldet und alsdann auf die Klage des Verwalters die Aufrechnung erklärt hat und hierauf seine rechtsverneinende Einwendung stützt, für den überschiessenden Teil seiner Forderung Widerklage erheben. Denn nach § 12 K. O. können Konkursgläubiger ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse nur nach den Vorschriften für das Konkursverfahren verfolgen, d. h. nach § 139 K. O. durch Anmeldung. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass die Schuld des Kridars in ihrer ganzen Höhe vom Verwalter anerkannt worden ist. (Jäger § 53 A. 24.)

Von dem Momente an, wo die Forderungen im Konkurse als zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind bis zur wirklich erfolgten Aufrechnungserklärung sind natürlich durch die Rückwirkung des § 389 B. G. B. auch Zinsverbindlichkeiten, Verzugsfolgen, Verwirkung einer Vertragsstrafe aus-

[1]) Motive S. 229. Seuffert S. 233, Jäger § 53 A 22
[2]) R. G. 25 S.17.

geschlossen. Sind bereits diesbezügliche Zahlungen erfolgt, so ist ein Bereicherungsanspruch gemäss §§ 819 ff. B. G. B. auf Herausgabe des Nichtgeschuldeten gegeben.

Der aufrechnende Gläubiger, der gegen den Gemeinschuldner mehrere Forderungen hat, kann nach § 396 B. G. B. in seiner Aufrechnungserklärung selbst diejenige bestimmen, die Gegenstand der Aufrechnung sein soll. Tut er dieses nicht, macht er von seiner Wahlbefugnis keinen Gebrauch oder widerspricht der Konkursverwalter und bei konkursfreien Gegenforderungen der Kridar unverzüglich der vom Gläubiger vorgenommenen Wahl, so finden nach Satz 2 cit. § die Vorschriften des § 366 Abs. 2 B. G. B. Anwendung über die Anrechnung einer auf mehrere Forderungen geleisteten Zahlung d. h. es wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen die minder sichere, unter gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld getilgt, und bei gleichem Alter tritt eine verhältnismässige Tilgung ein. Schuldet der aufrechnende Gläubiger ausser der Hauptleistung dem Gemeinschuldner auch noch Zinsen und Kosten, so werden nach §§ 396 Abs. 2, 367 B. G. B. zuerst die Kosten, dann die Zinsen und an letzter Stelle die Hauptleistung durch Aufrechnung getilgt.

2. Die Wirkung der Konkursbeteiligung des aufrechnungsberechtigten Gläubigers.

Der § 53 K. O. schreibt vor, dass ein Gläubiger, soweit er zur Aufrechnung befugt sei, seine Forderung im Konkurse nicht geltend zu machen „brauche." Durch diese Bestimmung wird die im früheren gemeinen Recht bestrittene Frage, ob der kompensationsberechtigte Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren anmelden müsse, verneint und dem Gläubiger gestattet, sich ausserhalb des Konkursverfahrens Befriedigung zu verschaffen.

Wie die Absonderung steht auch die Konkurskompensation ausserhalb des Konkursverfahrens.

Der Gläubiger braucht also nicht anzumelden.[1]) Damit ist aber nicht gesagt, dass der aufrechnende Gläubiger seine Forderung nicht anmelden dürfe. Tut ein Gläubiger dieses, meldet er seine Forderung im Konkurse an, so verliert er dadurch sein Aufrechnungsrecht nicht.[2]) Vielmehr bleibt dasselbe trotz der Anmeldung bestehen und es liegt jedenfalls in der Anmeldung selbst ohne Vorbehalt späterer Aufrechnung keineswegs die stillschweigende Erklärung, dass der Gläubiger überhaupt nicht aufrechnen wolle, also ein Verzicht auf die Aufrechnung.[3]) Im Gegenteil kann der Gläubiger seine guten Gründe haben, die Aufrechnung zunächst nicht zu erklären, sondern seine Forderung zur Tabelle anzumelden, weil er vielleicht die Absicht hat, die Forderung des Gemeinschuldners zu bestreiten oder weil er nur bedingt oder betagt verpflichtet ist. Ist die Schuld an den Kridar dann konkursmässig festgestellt oder durch rechtskräftiges Urteil anerkannt, so kann der Konkursgläubiger immer noch aufrechnen und eventuell Klage aus 767 Z. P. O. auf Feststellung der Tilgung durch Aufrechnung erheben und diese damit begründen, dass ihm früher die Aufrechnung nicht möglich gewesen sei.[4])

Denkbar ist, dass der Gläubiger mit der Anmeldung seiner Forderung die Aufrechnungserklärung verbindet, z. B. für den Fall, dass seine Schuld durch den Eintritt der Bedingung fällig würde, oder durch eine spätere Entscheidung das ihm zunächst vom Verwalter bestrittene Aufrechnungsrecht festgestellt werden sollte, oder wenn er einen Teil einer Forderung anmeldet und

[1]) Anders im Genossenschaftskonkurs § 105 Abs. 5 Genossensch.-Gesetz.
[2]) A. M. Oetker I S. 231 f.
[3]) Motive S. 223, Förster-Eccius I § 94 III, R. G. 26, 116, J. W. 1890 S. 278, Petersen-Kleinfeller § 50 A 3. § 54 A 4, Jäger § 53 A 12, 23, Fitting § 21 S. 257, Aufsess S 65, Wolff, § 53 A 6.
[4]) Petersen-Kleinfeller § 53, Abs. 3.

mit dem andern aufrechnet. Da nun aber eine Anmeldung an das Gericht (§ 139 K. O.), die Aufrechnungserklärung aber dem Verwalter gegenüber zu erfolgen hat, so ist die Aufrechnungserklärrung, die mit der Anmeldung verbunden ist, erst dann wirksam, wenn sie zur Kenntnis des Verwalters gelangt.[1]) Weil nur der Konkursverwalter, wie ausgeführt, zur Entgegennahme der Aufrechnungserklärung befugt ist, so ist es m. E. unrichtig mit Kohler[2]) die Aufrechnung schon als erfolgt anzusehen, sobald sie an das Konkursgericht gelangt sei. Kohler führt aus, das Konkursgericht sei Empfangsstelle der an den Konkursverwalter gerichteten Erklärungen und die Aufrechnungserklärung sei, wenn man nicht Formaljurisprudenz treiben wolle, auch dann mit der Ankunft am Gericht als erfolgt anzusehen, wenn etwa der Konkursverwalter gestorben wäre oder noch ersetzt werden müsste. Jedenfalls kann aber auch Kohler, wie sich aus dem Wort „Formaljurisprudenz" mit dem er operiert, ergibt, nicht leugnen dass seine Ansicht, mit der er übrigens allein steht, eben dem formellen Rechte nicht entsprechend ist.

Hat ein Gläubiger seine Forderung voll angemeldet und dieselbe hinterher nur teilweise durch Aufrechnung getilgt, so wird die Anmeldung auf die Restforderung beschränkt und nur dieser ungetilgte Rest kommt für den schwebenden Konkurs noch in Betracht.[3])

Der Gläubiger kann selbst dann, wenn er seine Forderung angemeldet hat und diese im Prüfungstermine vom Verwalter festgestellt worden ist die festgestellte Forderung aufrechnen. Auch besteht in der Litteratur die herrschende Ansicht[4]), dass der Gläubiger selbst dann noch aufrechnen könne wenn er eine

[1]) Jäger § 53 A 23. Seuffert § 38 S. 233,5.
[2]) Kohler § 14 VI S. 92.
[3]) Jäger § 53 A 23, Petersen-Kleinfeller § 53 A 5.
[4]) Motive S 233. R. G. 26 S. 116, Sarwey-Bossert § 53 A. 3 Abs. 2. Petersen-Kleinfeller § 53 A 3, Jäger § 53 A 12, Fitting § 21 S. 257.

Abschlagsdividende erhalten habe, natürlich unter Abrechnung derselben von der Forderung. Dagegen glauben Petersen-Kleinfeller[1]), dass die Aufrechnung des Gläubigers dadurch ausgeschlossen werde, dass derselbe den *vollen* auf seine Forderung entfallenden *Anteil* am Erlöse der Masse *annähme*. Sie weisen darauf hin, dass der Gläubiger durch die Annahme der *ganzen* Konkursdividende die konkursmässige Befriedigung erlangt habe und nicht noch einmal für dieselbe Forderung Befriedigung vom Konkursverwalter beanspruchen dürfe. Die von Petersen-Kleinfeller vertretene Ansicht ist aber meines Erachtens nicht richtig. Vielmehr lässt die Annahme sämtlicher Abschlagszahlungen bzw. der ganzen Dividende, da sie doch immerhin nur die Ausübung eines gewissen *Teils* der Rechte des Gläubigers enthält, die ihm sonst noch zustehenden Rechte ebenso unberührt wie bei der Annahme einer einzelnen Rate: was von Empfang einer einzelnen Rate gilt, muss auch vom Empfang sämtlicher Raten gelten. Namentlich braucht auch der Gläubiger sich bei der Annahme der Raten seine weiteren Rechte nicht ausdrücklich vorzubehalten.[2])

3. Die Einwirkung des Zwangsvergleichs auf die Konkurskompensation.

Um die Wirkungen des Zwangsvergleichs auf die Konkurskompensation festzustellen, muss man zweierlei unterscheiden:

1. Der Zwangsvergleich ist abgeschlossen und der Gläubiger hatte die Aufrechnung wirksam erklärt.
2. Der Zwangsvergleich ist abgeschlossen ohne dass seitens des Gläubigers die Kompensationserklärung abgegeben worden ist.

[1]) Petersen-Kleinfeller § 53 A 4. § 54 A 4

[2]) R. G. Bd. 37 S. 13. In dieser Entscheidung ist der ursprünglich vom Reichsgericht vertretene Standpunkt (vgl. Bd. 16 S. 68) aufgegeben worden, dass in der Annahme aller Dividenden ein *Verzicht* auf das Kompensationsrecht liege.

1. In dem ersten Falle hat der Abschluss des Zwangsvergleichs für die Aufrechnung keinerlei Wirkung und ändert am Ergebnis der Aufrechnung nichts. Der Gläubiger wird von dem Zwangsvergleich insoweit nicht berührt als seine Forderung durch die Aufrechnung erloschen ist.[1])

2. Ist ein Zwangsvergleich abgeschlossen worden, ohne dass der Gläubiger die Aufrechnung erklärt hat, so kommt es darauf an, festzustellen, ob die Forderung der Aufrechnung im Konkurse entzogen oder im Konkurse aufrechenbar war. Ist das erste festgestellt, liegt z. B. der Fall des § 55 Abs. 3 vor, so wird die Forderung von dem Zwangsvergleich erfasst und der Gläubiger kann nur noch in Höhe der Vergleichsrate seine Forderung geltend machen. Denn nach § 53 K. O. sind die Konkursforderungen nur „soweit" privilegiert, als die konkursmässige Aufrechnungsmöglichkeit vorhanden ist.[2])

Konnte dagegen die Forderung im Konkurse aufgerechnet werden, so kann der Gläubiger, weil die Konkursordnung für die Aufrechnungserklärung keine Zeit bezw. Zeitgrenze festsetzt auch noch nach geschlossenem Zwangsvergleich seine Forderung in ihrer ganzen Höhe aufrechnen. Und zwar hat dieses Recht sowohl der Gläubiger, der trotz Aufrechnungsbefugnis seine Forderung angemeldet hat, wie derjenige, der mit Rücksicht auf sein Kompensationsrecht dem Verfahren ganz fern geblieben ist[3]). Dieses Recht wird dem Gläubiger, der sich durch Anmeldung am Verfahren beteiligt hat, auch dadurch nicht entzogen, dass er beim Zwangsvergleich mitgestimmt hat, da in diesem Mitstimmen für sich allein noch nicht ein Verzicht

[1]) Seuffert S. 436 Abs. 3 Jäger § 53 A. 27 am Ende, Wilmowsky-Kurlbaum A 7 vor § 53, Sarwey-Bossert § 53 A 7 Abs. 2.

[2]) Motive S. 228, Jäger § 53 A 28a, § 55 A 15, Fitting S. 258 III, Seuffert S. 437.

[3]) Kohler S. 92 V, Fitting § 21 S. 258 A 34, Jäger § 53 A 28b A. M. Sarwey-Bossert § 53 Bem. 2 No. 7 Abs. 2.

auf die Aufrechnungsbefugnis liegt[1]). Vielmehr kann der Gläubiger bis zur Aufhebung des Verfahrens noch immer seine Anmeldung zurückziehen und nach § 53 K. O. sein Recht ausserhalb des Konkurses geltend machen. Ist dem Gläubiger aber das Recht gegeben, seinen Kompensationsanspruch ausserhalb des Konkursverfahrens geltend zu machen, so folgt daraus, im Gegensatz zu den §§ 12, 193 K. O., dass er durch diese Befugnis vor allen Einwirkungen des Konkurses befreit wird und nicht das Schicksal der übrigen Konkursgläubiger zu teilen braucht[2]). Aus den angegebenen beiden Gründen a) dem Fehlen einer Zeitgrenze für die Aufrechnung und b) der Befreiung von den Einwirkungen des Konkurses folgt daher auch, dass die Aufrechnung auch dann nicht ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger die Vergleichsrate angenommen hat, und dass die Restforderung an den Kridar keine „unvollkommene" Forderung ist, wie bei den übrigen Konkursgläubigern[3]) Anderseits kann ein Konkursgläubiger, welcher erst nach dem Zwangserlasse (§ 193 K. O.) Schuldner des Kridars geworden ist, nur noch mit der Vergleichsrate aufrechnen[4]).

§ 5.

Die Voraussetzungen der Aufrechnungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

Da, wie bereits ausgeführt, für die Konkurskompensation in erster Linie die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts massgebend sind, so soll in folgenden zunächst eine Darstellung der Voraussetzungen der Aufrechnung nach dem bürgerlichen

[1]) R. G. Bd. 37 S. 15 ff.

[2]) Jäger § 53 A. 28b und die dort angegebene Litteratur.

[3]) Petersen-Kleinfeller § 53 A. 4, § 54 A. 4, v. Wilmowski-Kurlbaum A. 7 vor § 53, § 53 A 2, Wolff § 53 A. 4.

[4]) Jäger § 53 A 28.

Recht gegeben werden, dem sich dann die Erweiterungen und Einschränkungen im Konkurs angliedern werden.

Die Voraussetzungen der Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch werden durch § 387 B. G. B. bestimmt:

> „Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann."

Zur wirksamen Aufrechnung wird darnach verlangt:

1. dass wirklich Leistungen geschuldet werden,
2. Gegenseitigkeit der Forderungen,
3. Gleichartigkeit derselben ihrem Gegenstand nach,
4. Fälligkeit der Forderungen.

1. Geschuldete Leistungen.

Für die Aufrechnung wird in erster Linie verlangt, dass Leistungen geschuldet werden, d. h. dass Forderung gegen Forderung steht.

Hier muss man zwischen den Forderungen unterscheiden, mit denen jemand aufrechnet und den Forderungen, gegen welche aufgerechnet werden soll.

a. Hinsichtlich der Forderungen, mit welchen aufgerechnet werden soll, wird verlangt, dass sie vollgültig und klageweise erzwingbar seien. Dieses ergibt sich klar aus dem Passus des Gesetzes: „sobald er fordern kann" und wird auch in den Motiven[1]) betont, die sagen: „Die Aufrechnung setzt die rechtliche Erzwingbarkeit der Forderungen, welche zur Aufrechnung gebracht werden, voraus."

Ungeeignet zur Aufrechnung ist deshalb in erster Linie eine Forderung, die garnicht zum Entstehen gekommen, oder

[1]) Motive zum B. G. B. Bd. 2 S. 106.

die aus irgend einem Grunde, z. B. weil das zu Grunde liegengende Rechtsgeschäft angefochten wurde, wieder erloschen ist. Hierher gehören nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs diejenigen Forderungen, bei denen das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft von einem Geschäftsunfähigen abgeschlossen wurde (§ 105) oder der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelte (§ 125) gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder gegen die guten Sitten (§ 138) verstiess und deshalb nichtig war, bei denen das Rechtsgeschäft wegen der teilweisen Nichtigkeit völlig nichtig war (§ 139) oder wo bei dem Abschluss ein Willensmangel (§§ 117 ff) vorlag.

Weiter kann nicht aufgerechnet werden mit den sogenannten „unvollkommenen" Forderungen. Hierunter versteht man in Anlehnung an die „naturalis obligatio" des gemeinen Rechts, welchen Begriff das bürgerliche Gesetzbuch nicht kennt, diejenigen Forderungen, die zwar eine rechtliche Verpflichtung enthalten, denen aber im übrigen eine Klage auf Erfüllung versagt ist, d. h. also, die unerzwingbar sind. Sie eignen sich um so weniger zur Aufrechnung, weil das Gesetz bei ihnen die Erfüllung in den freien Willen des Schuldners stellt, die Aufrechnung aber, ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners wirkt. Namentlich kann auch der diesen Forderungen eigentümliche Umstand, dass dasjenige, was geleistet ist, nicht zurückgefordet werden kann, die Forderungen zur Aufrechnung nicht geeignet machen[1]). Solche „unvollkommenen" Forderungen sind die Forderungen aus einem mündlichen Schenkungsversprechen, aus einem Ehemäklervertrage und aus einem Börsentermingeschäft[2]). Bezüglich des letzteren, des Börsentermingeschäfts, ist jedoch durch § 69 des Börsengesetz vom 22. Juni 1896 eine wichtige Ausnahme geschaffen. Dieser § ist nicht mit dem Inkrafttreten des

[1]) Planck § 387 A 1b
[2]) §§ 518, 656, 762, 764 B. G. B.

bürgerlichen Gesetzbuchs ausser Kraft getreten. Denn der Art. 32 des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt, dass grundsätzlich die Vorschriften der Reichsgesetze in Kraft bleiben. Die dabei vorgesehenen Ausnahmen treffen aber auf den § 69 nicht zu[1]). § 69 des Börsengesetzes bestimmt, dass gegen Ansprüche aus Börsentermingeschäften sowie aus der Erteilung und Übernahme von Aufträgen und aus der Vereinigung zum Abschlusse von Börsentermingeschäften von demjenigen, der zur Zeit der Eingehung des Geschäfts in dem Börsenregister für den betreffenden Geschäftszweig eingetragen war, sowie von denjenigen Personen, welche im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine Niederlassung haben, der sogenannte Einwand des reinen Differenzgeschäfts d. h. des vertragsmässigen Ausschlusses der Effektivlieferung nicht erhoben werden könne. Solche Geschäfte sind also unter den angegebenen Voraussetzungen einklagbar, also auch zur Aufrechnung gegebenenfalls geeignet.

Zu den unvollkommenen Forderungen werden auch diejenigen Forderungen gerechnet, die aus dem durch den Zwangsvergleich erlassenen Teil der Konkursforderung resultieren. Durch den Zwangsvergleich wird dem Kridar zweifellos nur die Pflicht auferlegt, das zu leisten, was er im Zwangsvergleich versprochen hat, im übrigen ist er aber von der Verpflichtung, den Ausfall zu ersetzen, befreit. Damit ist aber doch nicht gesagt, dass nun auch die Forderungen der Gläubiger vollständig erloschen sei. Vielmehr besteht, wenn auch den Gläubigern hinsichtlich der durch den Akkord nicht gedeckten Ausfälle der regelmässige Klageanspruch nicht zusteht, für den Kridar wie bei einer Spiel- oder Wettschuld die „moralische“ Verpflichtung, wenn möglich auch die Restforderung seiner Gläubiger zu tilgen[2]). Dass die Rest-

[1]) Vgl. zustimmend Wermuth-Brendel, Börsengesetz 1897 § 69 A. 1.
[2]) R. G. Bd. 42 S. 120. Jäger § 53 A. 3.

forderungen nicht erloschen sind, ergibt sich meines Erachtens auch ganz zweifellos aus dem § 193 Satz 3 K. O.

> „Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt."

Die hier aufgezählten Nebenhaftungen würden aber nach §§ 767, 1252 B. G. B., wenn die Hauptschuld untergegangen wäre, ebenfalls erloschen sein.

Aufgerechnet kann ferner nach der ausdrücklichen Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuchs[1]) nicht werden mit Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht, d. h. wenn ein Tatbestand vorliegt, welcher ohne die Entstehung oder die Fortdauer der Forderung zu beeinträchtigen, den Schuldner zur Verweigerung der Leistung dauernd oder vorübergehend berechtigt.[2]) Solche Einreden sind z. B. die des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages. Eine Ausnahme ist im § 390 Satz 2 B. G. B. nur gemacht hinsichtlich der Verjährungseinrede. Es soll nämlich die Aufrechnung durch die Verjährung dann nicht ausgeschlossen sein, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, wo sich die Forderungen kompensabel gegenüberstanden, noch nicht verjährt war. Doch gilt diese Ausnahme nicht uneingeschränkt. Denn nach § 479 B. G. B. kann der Schadenersatzanspruch des Käufers nach Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer, vorausgesetzt, dass der Verkäufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat, dem Verkäufer den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn

1) § 390 Satz 1.
2) Neumann § 390 A 2.

abgesandt hatte, bevor der Anspruch auf Wandlung oder Minderung verjährt war, oder wenn der Käufer vor Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat.

b. Gegen unvollkommene und einredebehaftete Forderungen aufzurechnen ist dem Schuldner natürlich gestattet, da er ja auch nicht an der Bewirkung der Leistung gehindert ist. Jedoch besteht Streit, ob, wenn die Gegenforderung aus irgend einem Grunde nicht mehr bestand, sei es dass sie angefochten, erloschen oder nichtig war, die Aufrechnung wirksam sei. Allerdings ist man sich darüber klar, dass eine Aufrechnung dann undenkbar ist, wenn die Parteien über die Nichtigkeit der Gegenforderung einig sind. Vielfach wird nun, der hier vertretenen und auch herrschenden Ansicht[1]) entgegen, der Standpunkt vertreten, dass die Aufrechnung auch gegen eine Nichtschuld rechtswirksam sei.[2]) Man steht dabei auf dem Standpunkt, weil der Sinn der Aufrechnung der sei, dass eine Gegenforderung getilgt werden solle, müsse ihre Gültigkeit und Aufrechenbarkeit wenigstens vorausgesetzt werden, da sonst die Aufrechnung als Scheingeschäft nichtig sei. Wenn aber die aufrechnende Seite das Bestehen der Gegenforderung angenommen habe, so habe sie auch ihrerseits ihre Forderung verloren und könne der Erfolg nur durch eine Bereicherungsklage rückgängig gemacht werden.

[1]) Crome Bd. 2 § 192, 6 S. 297, Eccius bei Gruchot Bd. 42 S. 253 f, Dernburg Bd. 2 § 126 Nr. 1, Mansfeld in der D. J. Z. 1898 S. 256, Oertmann im „Recht" 1901 S. 448, Planck § 387 A 2, Windscheid-Kipp § 349 S. 442 Note 2 a. v. Mayr S. 305,

[2]) Kohler in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. 24, S. 20, Leonhard im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 S. 171 ff, Stölzel in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess Bd. 24 S. 104, Bd. 26 S. 1 ff.

Zur Verteidigung dieser meines Erachtens unrichtigen Ansicht beruft man sich z. B. bei der Aufrechnung auf die Analogie der Zahlung.

Leonhard a. a. O. S. 202: „Der eigentliche Grund, weshalb die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld doch nicht ungültig ist, ist aber aus der Analogie der „Zahlung" zu entnehmen." Wie die Zahlung enthalte auch die Aufrechnung eine einseitige Bestimmung des Schuldners, dass die Aufopferung seines Anspruchs den Zweck habe, die Gegenforderung zu tilgen. Damit verwende er seine Leistung bindend zu dem angegebenen Zweck. Werde dieser nicht erreicht, so sei das Geschäft nicht ungültig. Sein Erfolg werde nur durch die Bereicherungsklage rückgängig gemacht. Man könne nicht einwenden, dass der Mangel der tatsächlichen Hingabe bei der Aufrechnung und die abstrakte Eigenschaft der Zahlung einen wesentlichen Unterschied zwischen der Aufrechnung und der Zahlung begründe.

Stölzel behauptet a. a. O. S. 101, in jeder ohne Vorbehalt erklärten Aufrechnung sei eine Anerkennung der Forderung des anderen Teiles wie in jeder ohne Vorbehalt bewirkten Zahlung enthalten und deshalb sei beim Nichtbestehen der Gegenforderung nur eine Bereicherungsklage gegeben, das Aufrechnungsgeschäft aber selbst gültig.

Gegen die von Stölzel vertretene Ansicht wendet sich mit meines Erachtens treffenden Ausführungen Eccius a. a. O. S. 35: „Die Aufrechnungserklärung kann zugleich ein Anerkenntnis in sich schliessen. Zum Begriffe der Aufrechnung gehört diese Anerkennung nicht. Wenn die Aufrechnungserklärung zugleich das Anerkenntnis in sich schliesst, dass die Forderung, auf die aufgerechnet werden soll, bestehe, so ist dieses ein zufälliger, möglicher, aber nicht notwendiger Bestandteil der Aufrechungserklärung." Ebenso führt Leonhard a. a. O. S. 205 gegen Stölzel

aus, dass die Annahme eines Anerkenntnisses nicht haltbar sei. Weder liege ein begründendes Anerkenntnis vor, weil dazu die Vertragsform und die Beobachtung der Schriftform erforderlich sei, noch ein feststellendes. Denn wenn auch der die Aufrechnung Erklärende wie bei der Zahlung die Schuld als bestehend betrachte, weil sonst sein Tun widersinnig wäre, so liege doch in dieser Annahme nur ein Beweggrund für die Leistung des Schuldners, sie sei aber nicht Voraussetzung ihrer Wirksamkeit. Denn der Leistende gebe seine Tilgungsbestimmung ohne irgendwelche Erklärung ab und lediglich diese Erklärung sei Erfordernis der Leistung.

Kohler a. a. O. S. 2 operiert bei der Aufrechnung mit der Konstruktion einer Anweisung an den Gegner, an sich selbst zu zahlen; bestehe die Gegenforderung nicht, so sei der Gegner ungerechtfertigt bereichert, das Aufrechnungsgeschäft aber gültig und die Forderung erloschen. Von einer Anweisung kann aber m. Erachtens keine Rede sein. Denn zunächst bedarf die Anweisung nach § 783 B. G. B. der Schriftform. Dann aber würde der Gegner erst dann leisten müssen, wenn er die Anweisung angenommen hätte. (§ 784 B. G. B.). Zu einer Annahme ist der Gegner aber nicht verpflichtet. (§ 789 B. G. B.). Ausserdem würde zur Ausführung derselben wieder ein selbständiger Willensakt erforderlich sein, der ebenfalls schriftlich auf der Anweisung zu erfolgen hätte. (§ 784 Abs. 2, B. G. B.). Alle diese Momente treffen aber bei der Aufrechnung nicht zu.

Wenn man nun, wie es vereinzelt in der Litteratur der Fall ist, den eigentlich entscheidenden Schuldtilgungsgrund bei der Aufrechnung in dem kompensabeln Gegenüberstehen der beiden Forderungen sieht: „Die gesetzliche Ordnung beruht in ihrer Durchführung auf der Annahme eines mit dem Beginn der Aufrechnungslage eintretenden Schwebezustands, einer rechtlichen

Gebundenheit der beiderseitigen Schuldverbindlichkeiten, die kraft Gesetzes bereits den Erlöschungsgrund für beide enthält,“[1]) so ist dafür natürlich erforderlich, dass beide Forderungen bestehen, weil sonst beim Fehlen einer der beiden Forderungen die möglicherweise zur Tilgung führende Situation von vornherein nicht gegeben war. Aber wenn man auch mit der herrschenden Lehre den Aufrechnungsakt als den entscheidenden Tilgungsgrund ansieht, so kann man meines Erachtens dabei nicht, wie die Vertreter der gegenteiligen Ansicht wollen, von einer Analogie der Zahlung sprechen. Denn eine Zahlung setzt begrifflich eine Anerkennung der zu bezahlenden Forderung voraus, diese ist aber bei der Aufrechnung, wie ausgeführt, nicht Voraussetzung. Es ist deshalb, wenn die Gegenforderung nicht bestand, die zur Aufrechnung verwendete Forderung keineswegs erloschen. Vielmehr war die Aufrechnungserklärung ein „Versuch an einem untauglichen Objekt“[2]) und es bedarf nicht noch erst einer condictio indebiti, sondern die Aufrechnung ist unwirksam.

Gewissermassen eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Forderung unwirksam ist, bildet der § 357 B. G. B. An sich wird durch den Rücktritt das Erlöschen des zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Schuldverhältnisses ex tunc herbeigeführt.[3]) § 357 B. G. B. bestimmt aber, dass die Aufrechnung auch dann noch gültig sein soll, wenn sie „unverzüglich“ nach dem Rücktritt des einen Teiles erfolgt.

> „Hat sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, dass der andere Teil seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der

[1]) Endemann § 144,2 c S. 824. Vgl. auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 19.
[2]) Jäger § 53 A 3.
[3]) R. G. 50 S. 266.

andere Teil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt."

Wenn auch an und für sich gültige Forderungen vorliegen, so ist doch die Aufrechnung gegen solche Forderungen nicht gestattet, die der Pfändung nicht unterworfen sind. Eine Ausnahme bildet nur die Aufrechnung von den Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen geschuldeten Beträgen gegen von diesen zu beziehende Hebungen.[1])

Ferner kann gegen eine Forderung des Reichs oder eines Bundesstaats sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes nur mit Leistungen aufgerechnet werden, die an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichten ist.[2])

Nach der Bestimmung des Gesetzes ist die Aufrechnung auch nicht gestattet gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung.[3])

2. Gegenseitigkeit der Forderungen.

Für die Aufrechnung wird weiter Gegenseitigkeit der Forderungen verlangt, d. h. der Aktivgläubiger muss Schuldner der Passivforderung, der Passivgläubiger muss Schuldner der Aktivforderung sein. Versagt ist deshalb das Aufrechnungsrecht dem Dritten, wenn dieser auch nach § 267 B. G. B. für den Schuldner, der nicht. sei es vertraglich, sei es aus der Natur des Rechtsgeschäft heraus in Person zu leisten hat, erfüllen kann. Diese Aufrechnungsbefugnis ist dem Dritten auch dann nicht gegeben, wenn der wirklich aufrechnungsberechtigte Schuldner in die Aufrechnung einwilligt.[4])

[1]) § 394 B. G. B.
[2]) § 395 B. G. B.
[3]) § 393 B. G. B.
[4]) Jäger § 53 A 8.

Das bürgerliche Gesetzbuch kennt jedoch als Ausnahme von diesem Prinzip verschiedene Fälle, wo ein Dritter die Befriedigung des Gläubigers für den Schuldner vornehmen und diese Befriedigung auch durch Aufrechnung dem Gläubiger gegenüber bewirken kann. So wird im § 268 hinsichtlich der Ablösungsberechtigten bestimmt, dass wenn ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand betriebe, jeder, der Gefahr laufe, durch die Durchführung der Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande oder den Besitz zu verlieren, berechtigt sei, den Gläubiger zu befriedigen, und zwar auch durch Aufrechnung. Analog kann auch nach § 1150 die Befriedigung des Gläubigers, der dieselbe aus einem Grundstück verlangt, und nach § 1224 die Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder, selbst wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, durch Aufrechnung erfolgen. Weiter kann gemäss § 1249 jeder, der durch die Veräusserung eines Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, den Pfandgläubiger auch durch Aufrechnung befriedigen. Endlich ist, wie § 1142 bestimmt, der Eigentümer eines Grundstücks, der nicht zugleich persönlicher Schuldner der gesicherten Forderung ist, berechtigt, den Gläubiger durch Aufrechnung zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

Wegen Mangels der Gegenseitigkeit der Forderungen ist unzulässig die Aufrechnung des Schuldübernehmers mit einer dem bisherigen Schuldner zustehenden Forderung (§ 417 B. G. B.). Weiter darf bei einem Gesamtschuldverhältnis nach § 422 eine Forderung, die nur einem von den mehreren Schuldnern gegen den Gläubiger zusteht, von den übrigen Mitverpflichteten zur Aufrechnung gegen eine Forderung aus dem Gesamtschuldverhältnis nicht benutzt werden. Dagegen kann aber jeder

Gesamtschuldner den Gläubiger durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung mit Wirkung für die übrigen Gesamtschuldner befriedigen, und zwar selbst dann, wenn er nicht belangt wird und selbst gegen den Willen des Gläubigers. Allerdings hat das Reichsgericht in einem Prozesse im Konkurse der Leipziger Bank 1901 anders entschieden. Hier handelte es sich um mehrere Wechselschuldner. Die Akzeptanten von Wechseln, die mit der Wechselklage vom Konkursverwalter in Anspruch genommen wurden, setzten der Klage die Einwendung entgegen, der Aussteller habe eine ihm gegen die Bank zustehende Forderung aufgerechnet und den dadurch erworbenen Anspruch auf Auslieferung des Wechsels dem jetzt verklagten Akzeptanten abgetreten. Während nun die Oberlandesgerichte Celle und Dresden diese Einwendung für begründet erachteten und demzufolge die Klagen abwiesen[1]) hat das Reichsgericht in einem anderen Falle die Klage zugesprochen und das Urteil damit begründet, dass es nach Art. 81 W. O. im Belieben des Wechselinhabers stehe, welchen Wechselschuldner er zunächst in Anspruch nehmen wolle. Dieses Recht werde dem Inhaber aber dadurch beeinträchtigt, dass der gar nicht belangte Aussteller gegen den Willen des Wechselinhabers die Aufrechnung erkläre.

M. E. ist diese Entscheidung aber unhaltbar und nicht mit den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts in Einklang zu bringen. Denn es ist doch zweifellos, dass jeder einzelne der Wechselverpflichteten, sei er nun Aussteller, Bezogener oder Akzeptant die ganze Wechselsumme dem Inhaber des Wechsels schuldet. Sind nun die übrigen Voraussetzungen der Kompensation vorhanden, so wird man jedem einzelnen Schuldner doch nicht verwehren wollen, seine Schuld dem Wechselinhaber gegen-

[1]) Vgl. die Ausführungen bei Jäger § 53 A 10.

über dadurch zu tilgen, dass er aufrechnet. Ob dadurch das Schuldverhältnis vollständig erloschen ist, ist eine interne Frage. Jedenfalls aber ist es im dargestellten Falle der Leipziger Bank bezw. dem Konkursverwalter gegenüber erloschen, er hat sein Gläubigerrecht gegenüber dem aufrechnenden regresspflichtigen Schuldner jedenfalls verloren und ist zu einer Klage gegen den Akzeptanten nicht mehr aktiv legitimiert.[1])

Wegen Mangels der Gegenseitigkeit ist es weiter nach § 2040 B. G. B. unzulässig, dass der Schuldner einer zum Nachlass gehörenden Forderung eine ihm gegen den einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnet. Ferner kann z. B. eine Girobank den von einem Girokunden einem anderen überwiesenen Betrag zur Aufrechnung mit eigenen Forderungen gegen den Ueberweisungsadressaten nicht verwenden.

Dieses letztere ist ebenfalls praktisch geworden im Konkurse der Leipziger Bank. Als die Leipziger Bank in Konkurs ging, hatte die Reichsbank eine Forderung gegen dieselbe. Die Beträge die per Reichsbank Giro Konto für die Leipziger Bank eingezahlt wurden, beabsichtigte die Reichsbank nun gegen ihre Forderung an die Leipziger Bank aufzurechnen. Erst auf wiederholte Vorstellungen liess die Reichsbank von ihrem Vorhaben ab. Sie konnte aber garnicht aufrechnen, weil das Erfordernis der Gegenseitigkeit fehlte. Die Reichsbank war der Leipziger Bank nichts schuldig. Sie hatte durch die Einzahlung eines Konteninhabers nicht dessen Schuld an die Leipziger Bank übernommen, sondern sie war mit der Einzahlung nur die Verpflichtungen eingegangen, die Schuld des Konteninhabers durch Ueberweisung des ihr zur Verfügung gestellten Betrages bei der Leipziger Bank zu bezahlen.[2])

[1]) Ebenso Jäger § 53 A 10.
[2]) Friederichs a. a. O. S. 530 R. G. Bd. 54 S. 329 f.

Ferner kann der Bürge, der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks und der Verpfänder einer beweglichen Sache, welch letztere nicht zugleich persönliche Schuldner sind, nicht mit Forderungen aufrechnen, welche dem Hauptschuldner bzw. dem persönlichen Schuldner gegen den Gläubiger zustehen. Statt dessen gewähren ihnen die §§ 770, 1137, 1911 B. G. B. eine Einrede. Sie können nämlich verlangen, dass der Gläubiger zuerst durch Aufrechnung gegenüber dem Haupt- bezw. persönlichen Schuldner seine Befriedigung sucht. Ebensowenig kann der Bürge die Hauptschuld durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung tilgen. Dagegen kann der Bürge seine eigene, nämlich die Bürgschaftsschuld durch Aufrechnung selbst gegen den Willen des Gläubigers und wenn er noch garnicht in Anspruch genommen wird mit der Wirkung tilgen, dass die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn übergeht.

Auch dieses ist im Konkurse der Leipziger Bank praktisch geworden und vom Reichsgericht [1]) in der oben angegebenen Weise entschieden worden. Der Fall lag folgendermassen: Der Kaufmann Gr. in Leipzig stand mit der Leipziger Bank in Kontokorrentverkehr und schuldete ihr, als im Juni 1901 der Konkurs eröffnet wurde, einen Saldo von ca. 79000 Mk. Einige Zeit vorher hatte Gr. der Bank für den Kredit, den er bei ihr in Anspruch nahm, auf Verlangen einen Bürgen gestellt, nämlich seinen Schwiegervater. Dieser verbürgte sich durch Urkunde vom 4. März 1901 bis zur Höhe von 60000 Mark für seinen Schwiegersohn als Selbstschuldner. Der Schwiegervater stand auch seinerseits mit der Bank in Kontokorrentverkehr, war aber hieraus, als der Konkurs ausbrach, zu einem 60000 Mark übersteigenden Betrag Gläubiger der Bank. Als solcher zeigte er im August 1901 dem Konkursverwalter an,

[1]) R. G. Bd. 53 S. 403.

dass er im Hinblick auf die übernommene Bürgschaft bis zur Höhe von 60000 Mark aufrechne. Der Konkursverwalter widersprach aber dieser Erklärung und belangte den Schwiegersohn als Hauptschuldner. Dieser wendete ein, die Forderung sei für den Betrag von 60000 Mark nach § 774 auf seinen Schwiegervater durch dessen Aufrechnungserklärung übergegangen und der Konkursverwalter somit zu deren Geltendmachung nicht mehr legitimiert. Das Reichsgericht hat die Klage des Konkursverwalters abgewiesen, weil ihm die Aktivlegitimation fehle. Es führt aus, es hätten sich gegenübergestanden die Bürgschaftsschuld und die Forderung des Bürgen an die Bank. Die Bürgschaftsschuld wäre durch die Aufrechnungserklärung vom 11. August 1901 getilgt worden und die Gläubigerin, die Bank, habe bis zum Betrage der Bürgschaftsschuld im Sinne des § 774 B. G. B. Befriedigung erlangt. Diese Befriedigung hätte aber nach denselben gesetzlichen Bestimmungen zur Folge gehabt, dass die Forderung der Gläubigerin gegen den Hauptschuldner insoweit auf den Bürgen überginge. Für diesen Betrag wäre daher die Klägerin bei Anstellung der Klage nicht mehr Gläubigerin und in soweit die Klage mangels Aktivlegitimation für den erhobenen Anspruch abzuweisen.

Es liegt auf der Hand, dass diese m. E. zweifellos richtige Entscheidung von der grössten Bedeutung und Tragweite ist. Denn vorausgesetzt, dass den Gläubigern aus der Konkursmasse eine Dividende von 50% zufliessen soll, so büsst die Masse, wenn sie sich die Aufrechnung des Bürgen gefallen lassen muss 30000 Mark ein, anderseits gewinnt der Bürge infolge der Aufrechnung den Vorteil, dass er für seine Forderung volle Deckung erlangt, vorausgesetzt natürlich ,dass der Hauptschuldner zahlungsfähig ist, und er braucht sich also nicht als Konkursgläubiger mit einer prozentualen Deckung zu begnügen.

Das Reichsgericht führt denn auch in der angegebenen Entscheidung aus, dass Billigkeitserwägungen an der aus dem

Gesetze sich notwendig ergebenden Beurteilung nichts ändern könnten, und dass insbesondere nicht in Betracht gezogen werden könne, dass die zur Aufrechnung verstellte Forderung des Bürgen infolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Bank einen Teil ihres Wertes eingebüsst habe und eventuell gegenüber der dafür auf den Bürgen übergegangenen Forderungen minderwertig sei.

Die Entscheidung des Reichsgerichts wird bekämpft von Sievers im Recht.[1]) Er geht davon aus, dass, wenn der Bürge auch nach § 765 B. G. B. für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen haben, doch nicht daraus für ihn die Berechtigung zu entnehmen sei, selber in Person zu leisten. Die Verpflichtung des Bürgen gehe nicht auf eigene Leistung der Hauptverbindlichkeit, so dass ihm in dieser Beziehung mit andern Rechten des Schuldners auch das Recht der Hinterlegung und Aufrechnung zustände, seine Verpflichtung gehe vielmehr nur auf Einstehen dafür, dass der Hauptschuldner die Leistung bewirke. Wenn man aber auch annehmen wollte, dass es bei der Bürgschaft auf die Person des Leistenden nicht ankomme, so könne doch der Bürge nur die wirkliche Leistung bewirken, die der Gläubiger von dem Schuldner zu fordern habe und es müsse aus den §§ 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2 1224, 1249 Satz 2 B. G. B. wo die Leistung des Dritten auch durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen könne, beim Fehlen einer solchen Vorschrift bei der Bürgschaft auf Grund eines argumentum e contrario der Schluss gezogen werden, dass bei der Bürgschaft die Befriedigung des Gläubigers seitens des Dritten, des Bürgen, nicht durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen könne. Ausserdem spräche auch gegen die Entscheidung des Reichsgerichts der § 774 Satz 2, wo ausdrücklich bestimmt sei, dass der Forderungs

[1]) Recht 1903 B. 249 ff.

übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden könne. Vorliegend werde aber die Konkursmasse zweifellos durch die Aufrechnung seitens des Bürgen benachteiligt.

Hiergegen ist[1]) m. E. einmal zu sagen, dass man daraus, dass in den §§ 268, 1142, 1224, 1249 B. G. B. die Befriedigung durch Hinterlegung und Aufrechnung zugelassen ist, bei der Bürgschaft aber eine solche Bestimmung fehlt, nicht ein argumentum e contrario entnehmen darf, da im Gegensatz zu dem in diesen §§ aufgeführten Ausnahmen für die Bürgschaft ja gerade der Normalfall des § 387 B. G. B. gilt, dass niemand gegen andere als eigene Schulden aufrechnen kann. Weiter steht der Entscheidung aber auch nicht der § 774 Abs. 1 Satz 2 B. G. B. entgegen. Denn der Kläger ist nicht benachteiligt worden, er hat vielmehr im Sinne des Gesetzes volle Befriedigung durch die Aufrechnung erlangt. Auch bezieht sich der cit. § auf eine Geltendmachung des Forderungsrechtsübergangs seitens des Bürgen oder Rechtsnachfolgers. Er rechnet mit dem Uebergang als einer vollendeten Tatsache und bestimmt keineswegs, wie Sievers a. a. O. anzunehmen scheint, dass der Uebergang, soweit er dem Gläubiger nachteilig sei, als nicht erfolgt zu gelten habe.

Von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit wird bei der Cession einer Forderung unter gewissen Umständen abgesehen Der Schuldner kann nämlich nach § 406 B. G. B. eine Forderung, die er vor der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger erworben hatte, auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, vorausgesetzt, dass die aufzurechnende Forderung nicht erst nach der Erlangung der Kenntnis von der Abtretung und nicht später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Gleiches gilt im Falle der Beschlagnahme einer Forderung[2]) und

[1]) Vgl. auch Conrades im Recht 1903 S. 398.
[2]) § 392 B. G. B.

für die Aufrechnung einer dem Mieter gegen den Vermieter zustehenden Forderung gegen die Mietzinsforderung des Grundstückserwerbers.[1])

3. Gleichartigkeit der Forderungen.

Forderung und Gegenforderung müssen im Zeitpunkte der Aufrechnung ihrem Gegenstande nach gleichartig sein, d. h. also die Gleichartigkeit zweier Forderungen ist durch Gleichartigkeit der Leistungen bedingt. Die positiven Leistungen müssen gleichartig sein, dagegen kommt es nach der herrschenden Ansicht[2]) entgegen der Auffassung des Reichsgerichts[3]) nicht auf den Entstehungsgrund und den Zweck der Leistungen an, der Grund kann vielmehr ein ungleichartiger, der Zweck ein verschiedener sein.

Das schliesst nicht aus, dass in einzelnen Ausnahmefällen der Zweck einer Leistung berücksichtigt und dann die Aufrechnung mit ihr durch besondere Vorschrift ausgeschlossen wird[4])

In der Praxis ist die Aufrechnung am wichtigsten bei Forderungen, die auf Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen gerichtet sind. Aber auch Forderungen anderer Art, die z. B. ein Tun oder Unterlassen zum Gegenstand haben, können zur Aufrechnung geeignet sein, nämlich dann, wenn die urprüngliche Forderung sich in eine Schadenersatzforderung umwandelt. Das Erfordernis der Gleichartigkeit ist nicht soweit auszudehnen, dass die Erfüllungsorte dieselben sein müssten. Diese können, vorausgesetzt, dass nicht für die Erfüllung ein bestimmter Ort in Verbindung mit einer bestimmten Zeit verein-

[1]) § 575 B. G. B.

[2]) Dernburg P Bd 2 § 105 No. 2, Förster-Eccius Bd. 1 § 94 A 55. Mandry-Geib § 42 No. 3, Petersen-Kleinfeller § 54 A 9.

[3]) R. G. Bd. 6 S. 72 ff.

[4]) z. B. § 395 B. G. B. §§ 221, 320 Abs. 3 H. G. B.

bart worden ist, (§ 391 Abs. 2 B. G. B.) ganz verschiedene sein. Nur hat der Aufrechnende nach § 391 Abs. 2 B. G. B. den Schaden zu ersetzen, den der andere dadurch erleidet, dass er infolge der Aufrechnung die Leistung nunmehr nicht an dem bestimmten Orte erhält oder dass er dort nicht erfüllen kann.

4. Fälligkeit der Forderungen.

Die Aufrechnung ist erst von dem Zeitpunkte an zulässig, an welchem die Erfüllung der Forderung, mit welcher aufgerechnet wird, gefordert werden kann. Ist eine Zeit für die Leistung nicht bestimmt, so kann der Gläubiger dieselbe sofort fordern, ist eine Zeit festgesetzt, so kann der Gläubiger sie vorher nicht verlangen. Die Forderung gegen welche aufgerechnet werden soll, braucht nicht in jedem Falle fällig zu sein, es genügt, wenn der Schuldner sie bezw. die Leistung zu bewirken berechtigt ist. Ist keine Zeit bestimmt, wann geleistet werden soll, so kann der Schuldner die Leistung nach § 271 B. G. B. jederzeit bewirken, ist eine Zeit festgesetzt, so ist im Zweifel der Schuldner berechtigt, die Leistung vor dieser Zeit zu bewirken.

I. Die Erweiterung des Aufrechnungsrechts im Konkurse.

Hinsichtlich des Rechtsbestands der Forderungen gelten im Konkurse die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs unverändert und kann in dieser Beziehung auf das oben § 5[1] Gesagte verwiesen werden.

Dagegen werden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gleichartigkeit und Fälligkeit der Forderungen in mancherlei Beziehung abgeändert und erweitert.

Im einzelnen gilt folgendes:

§ 6.

Die Aufrechnung ungleichartiger Forderungen.

Durch die Konkursordnung werden die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gleichartigkeit der Forderungen ihrem Gegenstande nach unberührt gelassen. Mit ungleichartigen Forderungen kann auch im Konkurse nicht aufgerechnet werden, vielmehr muss der Gläubiger dann seine Forderung im Konkurse geltend machen und seine Schuld zur Masse zahlen. Es wird jedoch im § 54 Abs. 4 K. O aus Billigkeitsgründen das Erfordernis der Gleichartigkeit für die nicht auf einen Geldbetrag gerichtete Forderung des Gläubigers abgeschwächt und erweiternd bestimmt, dass eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers durch Berechnung nach §§ 59, 70 K.O. zur Kompensation geeignet zu machen sei. Durch die Konkurseröffnung wird also die urprünglich mangelnde Gleichartigkeit der

Leistungen hergestellt[1]) und die ungleichartigen Forderungen den betagten gleichgestellt. Nicht gesagt ist aber damit, dass nur dann im Konkurse kompensiert werden könne, wenn die Forderungen auf Geld lauteten. Vielmehr ist zweifellos, wie sich aus der allgemeinen Stellung des Gesetzes zu dem sonst über Aufrechnung geltenden Recht ergibt, eine Aufrechnung im Konkurse auch dann möglich, wenn sie, wie das bürgerliche Recht dieses gestattet, beide nicht auf Geld, sondern auf andere Leistungen gehen, die aber inhaltlich gleich sein müssen[2]).

Wie Sarwey-Bossert[3]) richtig bemerken, kann gegen die Aufrechnung gleichartiger nicht auf Geld gerichteter Forderungen im Konkurse nicht der Einwand erhoben werden, dass durch die Konkurseröffnung die Konkursforderung stets in eine Geldforderung verwandelt werde (§ 54 Abs. 4 § 69 K. O.) und, dass, wenn die Forderung des Kridars, dem die Erweiterung des § 54 Abs. 4 K. O. ja nicht zustatten kommt, nicht ebenfalls auf Geld gerichtet sei, die Aufrechnung wegen Ungleichartigkeit der Leistungen ausgeschlossen sei. Denn wenn auch der § 54 Abs. 4 K. O. bestimmt: „Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke . . . . . zu berechnen", so soll doch damit nicht gesagt werden, dass eine jede nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers in eine Geldforderung verwandelt werden müsse. Denn dann würde ja nicht eine Erleichterung, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, sondern eine Erschwerung des Aufrechnungsrechts geschaffen werden, weil z. B. die vor Konkursbeginn einander nach bürgerlichem Recht kompensabel gegenüberstehenden Forderungen durch die Konkurseröffnung zu ungleichartigen würden und der Kompensation entzogen wären. Vielmehr soll durch die Bestimmung des § 54 Abs. 4 K. O. zweifellos nur der

[1]) Motive S. 234. Wolff § 54 A 3.

[2]) Fitting, § 21 S. 249 A 8. Wolff § 54 A 1 Abs. 2

[3]) Sarwey-Bossert § 54 A 4.

Fall getroffen werden, dass sich bei Konkursbeginn an sich ungleichartige Forderungen gegenüberstehen oder noch genauer, dass einer Geldforderung des Kridars eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers gegenübersteht. Hier will dann die Bestimmung des § 54 Abs. 4 dem Gläubiger helfen und seine Forderung kompensabel machen. Auch auf den § 69 K. O. kann man den erwähnten Einwand nicht stützen. Denn diese Bestimmung gilt nur im Falle der Geltendmachung im Konkurse und deshalb kann sie, da die Aufrechnung ausserhalb des Konkursverfahrens erfolgt, einer Kompensation nicht entgegenstehen.

Die Berechnung der nicht auf einen Geldbetrag lautenden Forderung des Gläubigers geschieht nach der Bestimmung des § 54 K. O. nach §§ 69, 70 K. O.

Zunächst bestimmt § 69 K. O., dass nicht auf einen Geldbetrag gerichtete Forderungen oder solche, deren Geldbetrag unbestimmt oder ungewiss oder nicht in Reichswährung festgesetzt ist, ihrem Schätzungswerte nach in Reichswährung geltend zu machen sind. Es handelt sich hierbei z. B. um Ansprüche auf Lieferung bestimmter Gegenstände aus einem Kauf- oder Tauschvertrage, oder um Ansprüche auf Naturalleistungen. Weiter gehören hierher Schadenersatzansprüche, Ansprüche auf Herstellung oder Verschaffung von Sachen, auf Vornahme oder Unterlassung von Handlungen. Die Abschätzung ist Sache des Gläubigers. Ein allgemeiner Massstab ist vom Gesetze nicht vorgesehen. Jedoch ist als Schätzungswert lediglich der gemeine objektive Wert des Leistungsgegenstandes zur Zeit der Konkurseröffnung anzusehen. Wird die Höhe des Schätzungsbetrages bestritten, so kann der Gläubiger dieselben durch ein Feststellungsurteil normieren lassen.

Für die Berechnung ist der Zeitpunkt der Konkurseröffnung deshalb massgebend, weil eben durch die Konkurseröffnung die vorher ungleichartigen Forderungen infolge der

Bestimmungen der Konkursordnung zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind und von diesem Zeitpunkte an die Forderungen durch die Aufrechnungserklärung (§ 389 B. G. B.) als erloschen gelten. Von dem Momente der Konkurseröffnung kommen für die Berechnung daher auch die laufenden Zinsen nicht in Betracht.[1]) Es ist deshalb nicht einmal nötig wie Petersen - Kleinfeller[2]) es hinsichtlich der betagten Konkursforderungen tun, diese Nichtberechnung der Zinsen als eine Folge des § 55 K. O. hinzustellen.

Handelt es sich um wiederkehrende Leistungen von bestimmtem Betrag und bestimmter Zeitdauer, so werden nach § 70 K. O. die einzelnen Hebungen unter jedesmaliger Kürzung des Zwischenzinses kapitalisiert. Es darf jedoch höchstens der dem gesetzlichen Zinsfuss entsprechende Stammwert, d. h. höchstens das fünfundzwanzigfache angesetzt werden. Sind die einzelnen Leistungen nicht auf einen Geldbetrag gerichtet oder lauten dieselben auf eine unbestimmte Zeit, so müssen die einzelnen Hebungen erst nach § 69 K. O. nach ihrem Schätzungswerte in Geld umgerechnet werden.

§ 7.

Die Aufrechnung betagter, bedingter und illiquider Forderungen.

Die bürgerlich rechtlichen Bestimmungen über die Fälligkeit der Forderungen werden durch § 54 K. O. sehr abgeschwächt und die Kompensation sogar mit betagten und bedingten Forderungen gestattet.

1. Die betagten Forderungen.

Bei der Aufrechnung von betagten Forderungen hat man dreierlei zu unterscheiden:

1) Wolff § 54 A 3.
2) Petersen-Kleinfeller § 54 A. 2. Vgl. auch Sarwey-Bossert § 54 A. 2 b.

a. die Forderung des Gläubigers ist fällig und die Forderung des Kridars ist betagt,

b. die Forderung des Kridars ist fällig und die Forderung des Gläubigers ist betagt,

c. beide Forderungen, sowohl die des Gläubigers, wie die des Gemeinschuldners sind betagt.

a. Die Forderung des Gläubigers ist fällig und die Forderung des Kridars ist betagt.

Der Gläubiger kann seine fällige Forderung gegen eine betagte Forderung des Kridars aufrechnen. Jedoch steht es ihm auch vollständig frei, seine jetzt fällige Forderung im Konkurse zu verfolgen ohne Rücksicht auf seine erst später fällig werdende Schuld. Namentlich hat auch der Konkursverwalter nicht das Recht, den Gläubiger auf die Aufrechnung zu verweisen. Kompensiert der Gläubiger, so liegt darin ein Verzicht auf die ihm zustehende Zahlungsfrift bezw. die Vorteile derselben. Die betagte Schuld des Gläubigers kommt voll in Ansatz. Insbesondere dürfen Zwischenzinsen selbst dann nicht abgezogen werden, wenn die Schuld des Gläubigers unverzinslich ist. Nur wenn der Gläubiger nach Uebereinkunft berechtigt war, ohne weitere Einwilligung des Gemeinschuldners das Interusurium abzuziehen, wenn er vor dem Verfalltage zahle, darf er dieses auch bei der Aufrechnung im Konkurse tun. Ist die fällige Forderung des Gläubigers verzinslich, so kann dieser nur mit den bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen kompensieren nicht dagegen mit den späteren nach Konkurseröffnung entstandenen.[1])

1) Motive S. 233, Jäger § 54 A 2, Petersen-Kleinfeller § 54 A 3, Wolff § 54 A 4, Sarwey-Bossert § 54 A 2b.

b. Die Forderung des Kridars ist fällig und die Forderung des Gläubigers ist betagt.

Dem Gläubiger ist es nach § 54 K. O. gestattet, seine betagte Forderung gegen eine fällige Forderung des Gemeinschuldners aufzurechnen. Denn eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung gemäss § 54 Abs. 2 K. O. nach § 65 K. O. zu berechnen. Darnach gilt eine betagte Forderung des Gläubigers als fällig. Ist die betagte Forderung unverzinslich, so vermindert sie sich um den Betrag, welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Fälligkeit dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt. Eine betagte, verzinsliche Schuld wird ihrem ganzen Betrage nach zur Aufrechnung verwandt. Die bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen können zur Aufrechnung mitbenutzt werden. Spätere nach Konkursbeginn fällig gewordene Zinsen sind aber von der Kompensation ausgeschlossen.[1])

c. Beide Forderungen, sowohl die des Gläubigers wie die des Kridars sind betagt.

Auch in diesem Falle kann der Gläubiger aufrechnen. Denn die Forderung des Gläubigers wird, wie ausgeführt, nach § 65 K. O. durch die Konkurseröffnung fällig. Dadurch verwandelt sich die Aufrechnung der beiden betagten Forderungen um in eine Kompensation einer fälligen Forderung des Gläubigers gegen eine betagte Forderung des Gemeinschuldners (vgl. oben unter a). Auch hier wird bei Unverzinslichkeit die Forderung gegen den Gemeinschuldner um das Interusurium gekürzt, nicht aber die Schuld an denselben.

---

[1]) Petersen-Kleinfeller § 54 A 2.

2. Die bedingten Forderungen.

Bei der Aufrechnung bedingter Forderungen ist zu unterscheiden:

a. ob eine auflösende, oder

b. eine aufschiebende Bedingung vorliegt.

a. Die Forderung ist auflösend bedingt.

Ist die Forderuug des Gläubigers oder die des Gemeinschuldners oder sind beide von einer auflösenden Bedingung abhängig, so erfolgt die Aufrechnung, ohne dass die Forderungen selbst verändert werden, gleich als wenn unbedingte Forderungen vorlägen. Es folgt dieses aus der allgemeinen, uneingeschränkten Fassung des § 54 Abs. 1 K. O. und ist es nicht erforderlich, wie Petersen-Kleinfeller[1]) es wollen, bei der Aufrechnung auflösend bedingter Forderungen den § 66 zur analogen Anwendung zu bringen, welcher für die Konkursgläubiger bestimmt, dass Forderungen unter einer auflösenden Bedingung wie unbedingte geltend zu machen und zu behandeln seien.

Die Aufrechnung auflösend bedingter Forderungen erfolgt also ohne deren Veränderung.

Ob und wann der Verwalter Sicherheitsleistung verlangen kann und selbst Sicherheit für die beim Eintritt der Bedingung entstehende condictio causa finita geben muss, bemisst sich nach bürgerlichem Recht,[2]) da der § 54 keine Bestimmungen darüber trifft. Tritt die Bedingung später ein, durch welche die bedingte Forderung auch wenn keine Kompensation stattgefunden hätte, erloschen wäre, so gilt die Aufrechnung keineswegs als nicht geschehen, vielmehr kann die Aufrechnung dann

---

[1]) Petersen-Kleinfeller § 54 A 5.

[2]) Motive S. 233 Sarwey-Bossert § 54 A 3,[1]

nur nach § 812 Satz 2 B. G. B. rückgängig gemacht und die Leistung ohne Rücksicht auf die Aufrechnung gefordert werden.

Dieser Bereicherungsanspruch tritt an die Stelle der durch die erklärte Aufrechnung erloschenen Forderung, da der Gläubiger nicht etwa seine ursprüngliche Forderung bedingt behalten hat, sondern im Gegenteil den Bereicherungsanspruch mit der Aufrechnung bedingt erworben hat.[1]) Der Gläubiger wird sich jedenfalls dadurch am besten gegen Schaden sichern, dass er seine Forderung für den Fall des Eintritts der Bedingung im Konkurse anmeldet.

b. Die aufschiebend bedingten Forderungen.

Bei der Aufrechnung mit aufschiebend bedingten Forderungen muss man in gleicher Weise wie bei den betagten Forderungen unterscheiden,

a. ob die Forderung des Gläubigers,
b. ob die Forderung des Kridars,
c. ob beide Forderungen aufschiebend bedingt sind.

a. Die Forderung des Gläubigers ist aufschiebend bedingt.

Ist die Forderung des Gläubigers aufschiebend bedingt, so kann der Gläubiger wohl die Aufrechnung erklären. Die Wirkung ist aber ausgesetzt bis die Bedingung eintritt. Die bedingte Forderung berechtigt den Gläubiger nicht, die Erfüllung der unbedingten Schuld seinerseits zu verweigern. Vielmehr muss er auf alle Fälle den von ihm geschuldeten Betrag in die Konkursmasse einzahlen. Das ergibt sich aus § 54 Abs. 3 K. O. „einzuzahlende" Schuld. Doch kann der Gläubiger, wenn er zur Zahlung der Schuld bereit ist, Zug um Zug gegen Zahlung Sicherstellung

[1]) Jäger § 54 A 5.

insoweit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlende Schuld gleichkommt, damit die dereinstige Ausübung des vorläufig bedingten Aufrechnungsrechts nicht vereitelt werde. Auf die Sicherstellung durch den Konkursverwalter finden die Bestimmungen der §§ 232 ff. B. G. B. Anwendung[1]). Erfolgt die Sicherstellung durch Hinterlegung, so erwirbt der Gläubiger an dem Gegenstande der Hinterlegung ein Pfandrecht. Der Gläubiger wird absonderungsberechtigt. In diesem Falle tritt das Absonderungsrecht an die Stelle des Aufrechnungsrechts. In den übrigen Fällen der Sicherheitsleistungen bleibt dem Gläubiger das Recht auf die Aufrechnung[2]).

Jeder Gläubiger muss sich bei der Bezahlung seiner Schuld die spätere Ausübung seines Aufrechnungsrechts dem Konkursverwalter gegenüber vorbehalten. Tut er dieses nicht, zahlt er ohne Vorbehalt, so ist das Recht später zu kompensieren, für ihn ausgeschlossen[3]).

Ist die Bedingung bis zur Schlussverteilung noch nicht eingetreten, so fliesst der zur Sicherstellung hinterlegte Betrag zur Masse zurück, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, dass die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat[4]).

Wird der Konkurs durch Zwangsvergleich erledigt, und ist die Bedingung bis zum Abschluss des Zwangsvergleichs nicht eingetreten, so wird die bedingte Forderung des Gläubigers vom Zwangsvergleich betroffen und kann dann eine Aufrechnung nur noch in Höhe der Vergleichsrate erklärt werden[5]).

Lehnt der Konkursverwalter nach § 17 K. O. bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft Erfüllung ab, so hören die Verpflich-

[1]) Petersen-Kleinfeller § 54 A 6. Sarwey-Bossert § 54 A. 3, 2, a.
[2]) Wolff § 54 A 5 Abs. 2
[3] Jäger § 54 A 6. Seuffert S. 231.
[4]) Jäger § 54 A 6. Seuffert S. 231.
[5]) Eine Ausnahme hiervon bilden die berechtigten bedingten Forderungen.

tungen aus dem Vertrage auf und der Anspruch auf Erfüllung verwandelt sich in eine Entschädigungsforderung gegen den Konkursverwalter. Dieser Entschädigungsanspruch kann für die Konkursaufrechnung als aufschiebend bedingte Forderung in Betracht kommen. Allerdings bestimmt § 26 S. 2 K. O. dass der Gläubiger eine Forderung wegen der Nichterfüllung, ausgenommen wenn er einen Anpruch auf abgesonderte Befriedigung habe, nur als Konkursgläubiger geltend machen könne. Aber die Worte „als Konkursgläubiger" sollen lediglich besagen, dass der Entschädigungsanspruch nicht als Masseschuld verfolgt werden könne[1]).

Auch der eventuelle Rückgriffsanspruch von Bürgen oder Mitschuldnern des Kridars bewirkt, vorausgesetzt, dass das die Regresspflicht begründende Rechtsverhältnis in die Zeit vor der Konkurseröffnung fällt, ein bedingtes Aufrechnungsrecht. Dasselbe wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der vor Konkursbeginn verpflichtete Bürge erst nachträglich gezahlt hat[2].)

b. Die Forderung des Kridars ist aufschiebend bedingt.

Ist die Forderung des Gemeinschuldners aufschiebend bedingt, so hat der Gläubiger die Wahl, entweder seine Forderung im Konkurse zu verfolgen und mit der Aufrechnung zu warten, bis die Bedingung eingetreten ist oder auf den Ausfall der Bedingung zu verzichten und sofort seine Forderung gegen seine bedingte Schuld aufzurechnen. Gezwungen werden zur Aufrechnung kann der Gläubiger nicht. Tritt später die Bedingung ein, welche, wenn die Aufrechnung nicht stattgefunden hätte, die Forderung des Gemeinschuldners beseitigt haben würde, so kann das Gezahlte nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung

[1] Jäger § 54 A. 8, § 17 A 43, Seufferts Archiv Bd. 48 No. 239.
[2]) R. G. Bd. 37 S. 87 Petersen-Kleinfeller § 54 A. 6, v. Schrutka-Rechtenstamm S. 114.

zurückverlangt werden. Der Konkursverwalter hat keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung, da § 54 Abs. 3 dieses Recht nur dem Gläubiger gewährt.

c. Die Forderung des Gläubigers und die des Kridars sind aufschiebend bedingt.

In diesem Falle kann eine Aufrechnung seitens des Gläubigers nur stattfinden, wenn eine der Bedingungen eingetreten ist, bezw. der Gläubiger oder der Kridar durch den Konkursverwalter auf den Ausfall der Bedingung verzichtet hat.

c Zusammentreffen von auflösend und aufschiebend bedingten Forderungen.

Stehen sich auflösend bedingte und aufschiebend bedingte Forderungen gegenüber, so ist die Aufrechnung die gleiche, als wenn sich unbedingte und aufschiebend bedingte Forderungen gegenüberständen. (vgl. b *a* und *b*), da ja auflösend bedingte Forderungen wie unbedingte zu behandeln sind.

3. Die illiquiden Forderungen[1]).

Das Gesetz erwähnt die illiquiden Forderungen nicht. Daraus darf man aber nicht den Schluss ziehen, dass eine Kompensation mit illiquiden Forderungen ausgeschlossen sei. Vielmehr ist zu beachten, dass nach bürgerlichem Recht (§ 387 B. G. B.) die Liquidität d. h. die Darlegbarkeit ohne Schwierigkeit der Berechnung und des Beweises keine Voraussetzung der Aufrechnung mehr ist und gleiches daher auch beim Fehlen einer entgegengesetzten Bestimmung für den Konkurs gibt. Aber auch schon für das frühere Recht, wo noch partikularistisch die Liquidität ein Erfordernis der Aufrechnung war, heben einmal die

[1]) Petersen-Kleinfeller § 54 A 11. Sarwey-Bossert § 54 A 5. Mandry-Geib S. 449.

Motive[1]) es ausdrücklich hervor, dass die illiquiden Forderungen zum mindesten den bedingten Forderungen gleichständen also zweifellos aufrechenbar seien. Ausserdem wurde durch Beschluss der Kommission des Reichstags zu Protokoll[2]) konstatiert „dass es nicht Absicht der Kommission gewesen sei, die in der Befugnis, mit illiquiden Forderungen für den Fall ihrer Liquidität aufzurechnen, enthaltene Deckung des Gläubigers für den Konkurs auszuschliessen." Jedenfalls aber kann heute, eben weil das B. G. B. einen Unterschied zwischen liquiden und illiquiden Forderungen bei der Aufrechnung nicht kennt, eine derartige Unterschied überhaupt nicht mehr in Betracht kommen. Ausserdem hatte diese Unterscheidung im gemeinen und preussischen Recht nur prozessuale Bedeutung und ist durch §§ 145 Abs. 3, 302 C. P. O. beseitigt.

[1]) Motive S. 234.

[2]) Protokolle S. 58

II. Die Beschränkungen des Kompensationsrechts im Konkurse hinsichtlich der Gegenseitigkeit der Forderungen.

Das Erfordernis der Gegenseitigkeit wird für den Konkurs durch § 55 K. O. insofern sehr verschärft, als die Gegenseitigkeit in den Fällen des § 55 Abs. 1 und 2 (§§ 8 und 9 dieser Abhandlung) nicht erst in dem Momente, wo die Aufrechnung erklärt wird, sondern bereits bei der Eröffnung des Verfahrens, im Falle des § 55 Abs. 3 (§ 10 dieser Abhandlung) sogar schon beim Eintritt der Krisis vorhanden gewesen sein muss.

§ 8.

Die Forderung an den Gemeinschuldner ist vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens erworben und nach der Eröffnung ist eine Schuld an die Masse entstanden.

Das Erfordernis der Gegenseitigkeit wird für den Konkurs durch §§ 55 K. O. sehr verschärft. Hier wird im Absatz 1 bestimmt:

„Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig:

1. wenn jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist.

Die Konkursmasse ist kein selbständiges Rechtssubjekt, kein selbständiger Träger von Vermögensrechten, sondern stellt

nach § 1 K. O. das gesammte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Kridars zur Zeit der Eröffnung des Konkurses dar. Subjekt dieses Vermögens ist der Kridar, der auch bis zur Beendigung des Konkurses, bezw. Ausschüttung der Masse Eigentümer der einzelnen Vermögenswerte bleibt, wenn ihm auch nach § 6 K. O. die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis entzogen und diese auf den Verwalter übergegangen ist. Alles, was der Verwalter während des Konkurses erwirbt, hat seinen vermögensrechtlichen Träger in dem Gemeinschuldner, ebenso wie die Verbindlichkeiten, die der Verwalter innerhalb des Konkurses eingeht, Verbindlichkeiten des Kridars sind. An und für sich fehlt es deshalb im § 55 Abs. 1 nicht an der Gegenseitigkeit von Forderung und Gegenforderung: wer etwas „zur Masse" schuldig geworden ist, ist eben dem Gemeinschuldner als Träger dieser Masse etwas schuldig geworden. Aber bei der Aufrechnung im Konkurse muss, abweichend von den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs, welches die Gegenseitigkeit im Momente der Aufrechnungserklärung fordert, die Gegenseitigkeit mindestens schon bei der Eröffnung des Verfahrens vorhanden gewesen sein.

Dass eine erst nach der Eröffnung des Verfahrens entstandene Schuld an die Masse nicht auf eine erst nach der Eröffnung gegen den Gemeinschuldner erworbene Forderung zur Anrechnung gebracht werden kann, erhellt schon daraus, dass an der Konkursmasse, deren Bestandteil die Schuld des Gläubigers ist, spätere Konkursgläubiger keinen Anteil haben sollen.

Die Forderungen an den Gemeinschuldner können vor oder nach der Konkurseröffnung erworben worden sein. Deshalb erübrigt sich eine Erörterung darüber, welche Forderungen an den Gemeinschuldner als vor und welche als nach der Eröffnung erworben anzusehen sind. Dagegen bedarf es eines Eingehens auf die Frage, in welchen Fällen der Gläubiger nach der

Konkurseröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist. Natürlich ist eine erschöpfende Aufzählung aller Fälle nicht möglich. Vielmehr muss in der Regel nach dem bürgerlichen Gesetzbuch in Verbindung mit den Bestimmungen der Konkursordnung je nach Lage des einzelnen Falles beurteilt werden, ob eine Schuld des Gläubigers nach der Konkurseröffnung entstanden ist, und ob der Gläubiger Schuldner der Masse geworden ist. So ist derjenige, welcher durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung Schuldner desselben geworden ist, nichts zur Masse schuldig geworden, weil diese Forderung nach § 1 K. O. nicht Teil der Masse ist. Anderseits ist jemand zweifellos Schuldner der Masse geworden, wenn er einen Betrag auf Grund eines nach der Eröffnung des Verfahrens mit dem Verwalter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts schuldet, z. B. aus dem Verkauf von Vermögenswerten der Konkursmasse aus der Hingabe eines Darlehns etc.[1]) Der vom Verwalter beauftragte Kommissionär, der erklärt hat, das zu Verkaufende als Käufer zu übernehmen, ist die Kaufpreisforderung zur Masse schuldig geworden[2]). Alle diejenigen Beträge, welche auf Grund älterer d. h. vor der Konkurseröffnung mit dem Gemeinschuldner abgeschlossener Verträge nach der Konkurseröffnung fällig werden, werden zur Masse geschuldet, So wird z. B. der Inkassomandatar, der bis zur Einziehung weder bedingt noch betagt etwas schuldet, weil die Einziehung selbst der Inhalt des Rechtsgegeschäfts ist, hinsichtlich der nach der Konkurseröffnung eingegangenen Beträge Schuldner der Masse[3]). Hierher gehört auch der Miets- und Pachtzins. Bis zur Novelle zur Konkursordnung vom Jahre 1898 wurden die nach der Konkurseröffnung fälligen Miet- bezw. Pachtraten zur Masse geschuldet und konnten daher

[1]) J. W. 1886 S. 248.
[2]) Jäger § 55 A. 5, Juristenztg. 1900 S. 264.
[3]) R. G. Bd. 53 S. 330.

zur Aufrechnung gegen eine Forderung an den Gemeinschuldner nicht benutzt werden. Durch die Novelle zur Konkursordnung ist jedoch in § 91 Abs. 2 K. O., vorausgesetzt, dass es sich um Immobilarverträge handelt, die Aufrechnung insoweit für zulässig erklärt, als es sich um den Miet- oder Pachtzins für das laufende und das folgende Kalendervierteljahr handelt[1]).

Zur Masse geschuldet werden weiter auch die Beträge aus unerlaubten Handlungen, wie Beschädigung eines Massengegenstands, aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Kosten der Masse und aus auftragloser Geschäftsführung[2]). Ferner fallen darunter auch alle diejenigen Beträge, welche aus von dem Verwalter nach der Eröffnung des Verfahrens für die Konkursmasse erworbenen Forderungen dritter Gläubiger resultieren.

Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens einen Gegenstand verpfändet und hat der Gläubiger diesen erst nach der Eröffnung verkauft, so ist er, wenn er auf Klage des Verwalters hin zur Herausgabe des Überschusses an die Masse verurteilt worden ist, diesen Betrag erst nach der Eröffnung zur Masse schuldig geworden. Auch hier ist also die Aufrechnung mit dem Überschuss gegen eine Forderung an den Gemeinschuldner unzulässig[3]).

Da nach § 37 K. O. dasjenige, was durch eine vom Verwalter mit Erfolg angefochtene Handlung aus dem Vermögen des Kridars veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Konkursmasse zurückgezahlt werden muss, so ist der Anfechtungsgegner die Rückzahlung erst nach der Konkurseröffnung zur Masse schuldig geworden und kann er daher die Rückgewähr nicht gegen eine Forderung an den Gemeinschuldner aufrechnen.

---

[1]) Vgl. auch §§ 575, 1125 B. G. B.
[2]) Jäger § 55 A 5, J. W. 1886 S. 948.
[3]) Seufferts Archiv 50 No. 231, Jäger § 55 A. 7. Petersen-Kleinfeller § 55 A. 11.

Hat der Verwalter durch Inkassomandat nach der Konkurseröffnung einen Wechselanspruch erworben, so ist der Wechselschuldner Schuldner der Masse und kann er deshalb nicht gegen eine Forderung an den Kridar kompensieren.

§ 9.

Die Schuld an den Kridar ist vor Eröffnung des Verfahrens entstanden, die Forderung an denselben nach der Konkurseröffnung.

Nach § 53 Abs. 2 ist die Aufrechnung im Konkursverfahren unzulässig,

„2. wenn jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderungen vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war."

Auch in diesem Falle ist es also für die Gegenseitigkeit maßgebend, daß erst durch die Konkurseröffnung diese Gegenseitigkeit wie in dem unter § 8 behandelten Falle bereits zur Zeit der Konkurseröffnung wenn ein Gläubiger rechtswirksam aufrechnen will.

Da der nach der Eröffnung erworbenen Forderungen gedacht wird, die schon vor der Konkurseröffnung bedingt entstanden waren, selbst wenn die Bedingung auch erst während des Konkurses eintritt, die Forderung also erst hier endgültig erlangt wird[1]. Nicht als eine nach Eröffnung des Verfahrens erworbene Forderung gilt diejenige, welche bereits vor dem Konkurs in der Person des aufrechnenden Gläubigers entstanden, und diesen nach Beginn des Konkurses einem Dritten sicherheitshalber abgetreten und später vereinbarungsgemäss zurückerwor-

[1] R. G. Bd. 37. S. 236. J. W. 1896 S. 374.

ben worden ist[1]). Ist ein Wertpapier abhanden gekommen, und hat der Gläubiger dasselbe erst nach der Konkurseröffnung zurückerlangt, so liegt darin kein Rückerwerb der in dem Papier verbrieften Forderung, sondern nur eine Wiedererermöglichung ihrer Ausübung. Ebenso wenig ist die Einlösung eines Wechels im Regresswege als ein Neuerwerb des Regressanspruchs anzusehen, sondern durch die Einlösung des Wechsels erhält man den durch die Weiterindossierung nicht verloren gegangenen Regressanspruch nur zurück[2]).

Die Kompensation soll nach dem Wortlaut des Gesetzes selbst dann im Konkurse ausgeschlossen sein, wenn die Forderung bereits vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war, der die Aufrechnung beabsichtigende Gläubiger sie aber erst nach der Eröffnung erworben hat. Der Grund für diese Bestimmung ist nach den Motiven[3]) der, zu verhindern, dass jemand, der zur Aufrechnung befugt ist, nun nach der Eröffnung viele Forderungen möglichst billig ankauft und so die anderen Gläubiger schädigt, indem er die Masse ausplündert.

Bei dem Erwerb der Forderung macht es keinen Unterschied, ob derselbe durch ein Rechtsgeschäft mit dem ursprünglichen Gläubiger z. B. durch Kauf oder Cession erlangt ist, oder ob der Uebergang der Forderung durch Universalsuccession erfolgt ist. Also auch dem Erben ist die Aufrechnung versagt.[4])

Gleichgültig ist ferner, ob der Erwerber die Konkurseröffnung gekannt hat oder nicht und ob der Vormann zur Kompensation befugt war oder nicht.

Eine Ausnahme von dem Prinzip des § 55 Abs. 2 wird nur für den Fall eines Gesamtschuldverhältnisses zugelassen.

[1]) Jäger § 55 A. 8. R. G. Bd. 51 S. 394.
[2]) Jäger § 55 A. 5.
[3]) Motive S. 235.
[4]) Jäger § 55 A 8.

Hier kann ein Mitschuldner eine Forderung an den Kridar, die er von einem anderen Mitschuldner erst nach der Konkurseröffnung, z. B. durch Cession erworben hat, aufrechnen, vorausgesetzt, dass der ursprüngliche Gläubiger bereits zur Aufrechnung befugt war.[1])

§ 10.

Die Schuld und die Forderung des Gläubigers sind vor der Eröffnung des Verfahrens entstanden.

§ 55 K. O. bestimmt, dass die Aufrechnung ausgeschlossen sei:

3. wenn jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte oder dass die Eröffnung des Verfahrens beantragt war.

In diesem Falle haben die Voraussetzungen der Aufrechnungsbefugnis nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts schon vor der Konkurseröffnung bestanden. Jedoch ist das Erfordernis der Gegenseitigkeit für die Aufrechnung im Konkurse insofern sehr verschärft, als dieselbe vor der Krisis vorhanden gewesen sein muss.

Der Rechtserwerb muss erfolgt sein durch ein Rechtsgeschäft mit dem Kridar z. B. durch Kauf, Tausch oder durch Rechtsabtretung d. h. „durch freiwillige Bewirkung der Sonderrechtsnachfolge in eine bereits bestehende Forderung oder vertragliche Einräumung der Universalsuccession in das

[1]) R. G. Bd. 11 S. 123, J. W. 1899 S. 134.

ganze vorhandene Vermögen.[1]) Hierher gehört z. B. die Cession, die Anweisung, die Indossierung eines Ordrepapiers, die Uebertragung eines Inhaberpapiers, nicht dagegen der Erwerb durch Erbfolge[2]) oder durch gerichtliche Ueberweisung[3]). Oder der Rechtserwerb ist erfolgt durch Befriedigung des Gläubigers. Dieses ist der Fall, wenn der Erwerber ein ablösungsbefugter nachstehender Realberechtigter oder Besitzer, (§§ 268 Abs. 3, 1143, 1150, 1225, 1249 B. G. B.), Bürge (§ 774 B. G. B.) oder ausgleichungsberechtigter Gesamtschuldner (§ 423 Abs. 2 B. G. B.) war und als solcher den Gläubiger durch Zahlung befriedigt hat. Aber auch der Fall gehört hierher, wenn der Schuldner des Kridars als Geschäftsbesorger für Rechnung des Kridars eine Zahlung an einen Gläubiger desselben bewirkt und dessen Befriedigung herbeigeführt hat. Alsdann hat der Schuldner des Kridars nach §§ 670, 675, 694, B. G. B.) einen Anspruch auf Ersatz gegen den Gemeinschuldner.[4])

Das Erfordernis der Kenntnis zur Zeit des Krisis gilt aber nur für Forderungen, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung erworben sind.[5]) Mit früher erworbenen Forderungen kann also trotz Kenntnis von der Krisis aufgerechnet werden.

Massgebend für die Kenntnis ist der Zeitpunkt, in welchem sich die Gegenforderung vollendet. Dafür, dass der Erwerber zur Zeit des Erwerbes von der Zahlungseinstellung bezw. dem Eröffnungsantrage Kenntnis gehabt hat, trägt der Konkursverwalter die Beweislast. Bei der ersten Lesung der

[1]) Jäger § 55 A 14 c d Wolff § 50 A 8.
[2]) Motive S. 238.
[3]) Seuffert S. 232 A 2, Jäger § 55 A 14. Anders Fitting § 21 S. 254 Note 25
[4]) Jäger § 55 A 14, Fitting § 21 S. 254. R. G. 38 S. 33 f.
[5]) §§ 55, 33 K. O.

Kommission war eine Abänderung des Entwurfs des § 48 (55) K. O. nach der Richtung hin vorgeschlagen worden, von dem Gläubiger, welcher aufrechnen wolle, den Beweis zu fordern, dass ihm zur Zeit des Erwerbs der Forderung die Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag nicht bekannt gewesen sei. Doch wurde dieser Antrag abgelehnt und die No. 3 des § 48 (55) unverändert angenommen.[1])

Gestattet ist die Aufrechnung als Ausnahme nach § 55 Abs. 4 K. O. dann, wenn der Erwerber die Forderung übernehmen musste oder zur Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers unanfechtbar verpflichtet war. Dieses kann der Fall sein, als Wechselvormann oder wenn er Bürgschaft geleistet und den Gläubiger befriedigt hat. In diesem letzten Falle geht die Forderung des Gläubigers (§ 774 B. G. B.) gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Aehnlich verhält es sich bei dem hypothekarisch verhafteten Eigentümer (§ 1143 B. G. B.) und dem ausgleichungsberechtigten Gesamtschuldner (§ 496 B. G. B.). Weiter kann der Erwerber z. B. auf Grund eines Vertrages oder Kreditversprechens zur Uebernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet sein. In diesem Falle liegt im Erwerbsakte keine verwerfliche Spekulation. Nur muss dem Erwerber zur Zeit als er die Verpflichtung einging, weder die Zahlungseinstellung noch der etwaige Eröffnungsantrag bekannt gewesen sein. Der Erwerber trägt die Beweislast für die Voraussetzungen der Ausnahme, und zwar sowohl für sein Verpflichtetsein als für seine Unkenntnis.[2])

Dieses letztere ist jedoch nicht die allgemein herrschende Ansicht in der Litteratur. Vielmehr behaupten v. Wilmowski-Kurlbaum,[3]) dass der aufrechnende Gläubiger nur zum Nach-

[1]) Jäger § 55 A 14, Protokolle S. 47.
[2]) Sarwey-Bossert § 55 A 11, Jäger § 55 A 17.
[3]) v. Wilmowski-Kurlbaum § 55 A 13.

weise der Zulässigkeit der Aufrechnung zu beweisen habe, dass er schon zur Zeit der Konkurseröffnung zur Uebernahme oder zur Befriedigung verpflichtet gewesen sei, nicht dagegen habe er seine Unkenntnis von der Zahlungseinstellung zu beweisen. Doch ist dagegen, wie Jäger a. a. O. zutreffend ausführt, zu sagen, dass in dem Kondizionalsatze des Abs. 2 der No. 3 beide Voraussetzungen einander völlig gleichgeordnet sind, und dass der Gesetzgeber unbedingt eine andere Fassung hätte wählen müssen, (vgl. z. B. §§ 892 I Satz 1, 932 I S. 1 B. G. B.), wenn er hätte andeuten wollen, dass der Erwerber für seine Unkenntnis nicht beweispflichtig sei.

Die Motive[1]) geben als Zweck der Bestimmung des § 55 Abs. 3 K. O. an, dass verhindert werden solle, dass Schuldner des Kridars Forderungen an diesen, die naturgemäss durch die Krisis im Werte sinken, zu billigen Preisen erworben, sie darum ihrem vollen Betrage nach aufrechnen und so die übrigen Gläubiger schädigen.

„Die Ausplünderung der Masse durch solche frivole Umtriebe einzelner kolludierender Gläubiger und Schuldner muss von der Gesetzgebung verhindert werden."

§ 55 Abs. 3 K. O. steht der Aufrechnung dann nicht, wie sich aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes ergibt, entgegen, wenn jemand *nach* der Zahlungseinstellung und in Kenntnis davon eine Forderung an den Gemeinschuldner *erworben* hat *und erst dann sein Schuldner* geworden ist. Hier könnte höchstens der rechtliche Akt, auf Grund dessen der Aufrechnende dem Kridar etwas schuldig geworden ist, wie jede andere Rechtshandlung, unter den Voraussetzungen der §§ 30 f. K. O. angefochten werden.[2])

[1]) Motive S. 236 f.
[2]) R. G. Bd. 26 S. 81 ff. Vgl. Protokolle S. 46.

Das gleiche gilt, wenn Schuld und Forderung gleichzeitig entstanden sind.

Durch § 55 Abs. 3 K. O. soll nicht ein neuer Anfechtungsfall neben §§ 30 f K. O. geschaffen werden, wenn auch das Aufrechrechnungsverbot einen ähnlichen Zweck verfolgt wie die besondere Konkursanfechtung, nämlich den Gläubigern ein Schutzmittel zu geben.[1]) Der Rechtserwerb kann an und für sich vollgültig sein und bleiben, so dass der Erwerber seine Forderung z. B. mit denselben Rechten wie sein Vorgänger als Konkursforderung geltend machen kann, aber die Befriedigung durch Aufrechnung ist dem Gläubiger, wenigstens so lange der Konkurs noch dauert, versagt.[2])

§ 11.

Die Wirkung der nach ausländischem Recht von einem im Ausland wohnenden Gläubiger erklärten Aufrechnung entgegen den Bestimmungen des § 55 K. O.

Die Vorschrift des § 55 K. O. zu Gunsten der par conditio creditorum könnte leicht dadurch umgangen werden, dass ein im Ausland wohnender oder dort zu verfolgender Schuldner die Konkursforderungen deutscher Gläubiger aufkaufte und dann eine nach dem Rechte des Auslandes zulässige dem § 55 K. O. entgegenstehende Aufrechnung vornähme: „Bei ausgedehntem Verkehr des Gemeinschuldners wird sich leicht im Ausland jemand finden lassen, der einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand inne hat und durch diesen gedeckt, die ungedeckte Forderung eines Konkursgläubigers zu einem ihren tributorischen Wert weit übersteigenden Betrag erwirbt. In die Summe, die der Konkursmasse dadurch entzogen wird, dass nunmehr der

[1]) Vgl. § 97 Nr. 3 der preussischen Konkursordnung v. J. 1855.

[2]) Jäger § 55 A 13, 15, Fitting § 21 S. 255 Note 28.

Inhaber die Sache nicht abliefert, vielmehr zur Tilgung des die konkursmässige Dividende überschreitenden Restes der Forderung verwendet, teilen sich Cedent und Cessionar zum Schaden der Konkursgläubiger."[1]) Allerdings würden die deutschen Gerichte eine solche Kompensation in einem in Deutschland eröffneten Konkursverfahren nicht anerkennen, da im internationalen Privatrecht die Beurteilung der Voraussetzungen der Kompensation sich nach den Bestimmungen desjenigen Rechts richtet, unter dessen Herrschaft die Forderung steht, deren Erlöschen durch Aufrechnung behauptet wird.[2]) Aber trotzdem würde es ihnen an den Mitteln fehlen, die Kompensation zu hindern, wenn ein Ausländer mit Berufung auf das ausländische Recht die Aufrechnung vornähme. Deshalb ist im § 56 K. O. bei der Kompensation zu den gleichen Mitteln gegriffen wie im § 50 K. O. hinsichtlich des Absonderungsrechts, und zwar in beiden Fällen im Interesse der par condicio creditorum, um dem inländischen Konkursgläubiger die Möglichkeit zu nehmen, die für ihn massgebenden Vorschriften zu umgehen. § 56 K. O. bestimmt nämlich in Verbindung mit dem darin citierten § 50, dass derjenige, welcher nach Eröffnung des Konkursverfahrens oder mit Kenntnis des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung eine Konkursforderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes oder in der Absicht, dass dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelsperson abtrete, zur Konkursmasse den Betrag ersetzen müsse, welcher derselben dadurch entgehe, dass ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach § 55 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Konkursforderung vornähme.

[1]) Motive S. 220.

[2]) R. G. Bd. 26 S. 67, Sarwey-Bossert § 56 A 1. Jäger § 53 A 32, § 56 A 1.

Die Aufrechnung an und für sich wird also in dem Falle keineswegs für ungültig erklärt, sondern die von dem Ausländer erklärte Aufrechnung soll ihre volle Gültigkeit behalten. Nur soll der der inländischen Gerichtsbarkeit etwa unterworfene Cedent haftbar sein und dem Konkursverwalter der Rückgriff gegen diesen zustehen. „Der Cedent hatte nur auf tributarische Befriedigung Anspruch und konnte für seine Konkursforderung kein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an einer zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger dienenden Sache erwerben, er soll auch nicht den Erwerb durch einen anderen zu eigenem Vorteil bewirken können.“ [1])

Haftbar ist jeder Cedent, nicht nur der erste sondern auch jeder weitere, wenn die Abtretung erst an eine Mittelsperson und erst von dieser an den aufrechnenden Gläubiger abgetreten ist. Voraussetzung der Haftung auch des ersten Cedenten ist natürlich dabei, dass derselbe bei der Abtretung an die Mittelsperson die Absicht oder auch nur das Bewusstsein hatte, dass der im Auslande wohnende Schuldner der Konkursmasse die Forderung erwerbe. Mehrere Ersatzpflichtige haften solidarisch als Gesamtschuldner. [2])

Vollständig belanglos ist, ob die Abtretung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt ist.

In zeitlicher Beziehung ist zu bemerken, dass der Anspruch nur während des Konkurses erhoben werden kann und nach Beendigung desselben weder auf den bisherigen Kridar noch auf die einzelnen Gläubiger übergeht. [3]) Wolff [4]) führt aus, dass das Gesetz die Abtretung der Forderung als eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung erkläre, dass aber der Schadens-

[1]) Motive S. 220.
[2]) Wolff § 50 A 6.
[3]) Jäger § 50 A 9, Kohler S. 161 IV.
[4]) Wolff § 50 A 2, Gl. Ans. Oetker S. 244.

ersatz stets die Folge einer Rechtsverletzung sei und es sich im vorliegenden Falle um eine unerlaubte Handlung, ein Delikt handle, auf den die §§ 823 ff B. G. B. zur Anwendung zu kommen hätten. Meiner Ansicht [1]) nach beruht aber die Schadensersatzpflicht nicht auf einem Delikt, sondern wir haben es vorliegend mit einer obligatio ex lege mit einer unmittelbar auf Gesetz beruhenden Verpflichtung zu tun, sodass weder die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff) zur Anwendung kommen, noch auch ein besonderer Gerichtsstand (§ 32 C. P. O.) begründet ist.

Begründet auf Kenntnis der Zahlungseinstellung kann der Anspruch (§§ 56, 50, 33 K. O.) nur werden, wenn die Abtretung innerhalb der letzten sechs Monate vor dem Konkurs erfolgt war. Ausgeschlossen ist er gänzlich, wenn die Cession in Erfüllung eines schon vor der Krisis begründeten Anspruchs des Cessionars auf die Cession erfolgt war. [2])

Erstattet werden muss die Differenz zwischen der Konkursdividende welche der Cedent erhalten hätte und dem Wert der Schuld des aufrechnenden Gläubigers für die Masse. Derselbe lässt sich erst am Schlusse der Verteilung feststellen.

1) So auch Jäger § 50 A 9.

2) Sarwey-Bossert § 50 A 5 § 33 A 1 und 2.

C. ANHANG.

§ 12.

Die Besonderheiten der Aufrechnung im Gesellschafts- und Genossenschaftskonkurs.

Für die Aufrechnung im Gesellschafts- und Genossenschaftskonkurs gelten im allgemeinen die Bestimmungen, die auch für den Einzelkonkurs massgebend sind. Nur in wenigen Punkten bestehen Abweichungen bezw. Besonderheiten.

Gerät eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditaktiengesellschaft, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine eingetragene Genossenschaft in Konkurs und werden nun die Mitglieder von dem Konkursverwalter aufgefordet, ihre rückständigen Einlagen einzuzahlen, so können dieselben nicht mit einer Forderung an die Gesellschaft als solche kompensieren.[1]) Dieses Verbot bezweckt den Schutz dritter Gläubiger, die Beschaffung des Stammkapitals soll eben möglichst gesichert werden. Dagegen hat der Verwalter das Recht, gegen eine Forderung des Gesellschafters oder eines Genossen an die Gesellschaft den Anspruch auf die rückständigen Sach- oder Geldeinlagen zur Aufrechnung zu stellen. Hat aber ein Gesellschafter bezw. Genosse an die Gesellschaft oder Genossenschaft eine Forderung, die darin be-

[1]) Dieses Aufrechnungsrecht ist auch, wenn kein Konkurs vorliegt, versagt. §§ 221, 320 H. G. B., § 19 d. Ges. vom 20. 4. 92, § 105 Abs. 5. d. Ges. vom 1. 5. 89 in der Fassung vom 20. 5. 98.

steht, dass er verpflichtungsgemäss für die Gesellschaft eine Leistung gemacht hat, so darf er aufrechnen, vorausgesetzt, dass die Verpflichtung bereits vor der Konkurseröffnung entstanden war.

Ein Gesellschafter im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft kann, wenn er auf die rückständigen Einlagen vom Konkursverwalter belangt wird, Forderungen, die ihm gegen die Gesellschaft zustehen, zur Aufrechnung bringen, nicht aber Ansprüche wegen nicht erhobener vertraglicher Bezüge, weil diese Bezüge das Bestehen der Gesellschaft zur Voraussetzung haben. Dagegen kann bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft der Gesellschafter, der eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderung hat, diese nicht gegen eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Privatforderung aufrechnen. Zulässig ist es, dass ein Gesellschafter, welcher eine Privatforderung gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter hat gegen seine Schuld eine ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung aufrechnet.[1])

Im Genossenschaftskonkurs kann ein Genosse gegen die Nachschüsse eine Forderung an die Genossenschaft aufrechnen:

> „sofern die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen er als Konkursgläubiger Befriedigung wegen der Forderung aus den Nachschlüssen zu beanspruchen hat."
> (§ 105 Abs. 5 Gen. Ges.)

Dadurch wird das Recht zur Kompensation auf die Fälle beschränkt, wo ein Genosse auf Grund des § 114 des Gesetzes vom 1. Mai 89 Nachschüsse zahlen soll. Nicht aufrechenbar sind daher Forderungen an die Genossenschaft gegen gemäss § 106 leg. cit.

---

[1]) § 719 B. G. B. §§ 128, 161 H. G. B., Jäger § 53 A 14, Fischer- Henle § 719 A 3, § 149 A 6, R. G. Bd. 6 S. 69. Bd. 31 S. 82, Bd. 37 S. 87, Bd. 41 S. 25., J. W. 1893 S. 355

zu leistende Vorschüsse. Voraussetzung der Aufrechnung gegen die Nachschüsse ist, dass der Genosse als Konkursgläubiger Befriedigung aus den Nachschüssen verlangen kann. Daher muss der Genosse seine Forderung im Konkurse stets anmelden und als gewöhnliche Konkursforderung im Konkurse verfolgen. Nur wenn er dieses getan hat, wenn weiter die Forderung des Genossen im Prüfungstermine seitens des Konkursverwalters festgestellt bezw. ein Widerspruch desselben rechtskräftig beseitigt ist und ausserdem der Genosse dafür Sorge getragen hat, dass die Höhe seines Ausfalles im Schlussverzeichnis feststeht, kann er gegen seine Nachschusspflicht diese Forderung an die Genossenschaft aufrechnen. Unter diesen Voraussetzungen kann der Genosse sogar entgegen der Vorschrift des § 55 Abs. 2 K. O. gegen die Nachschüsse solche Forderungen an die Genossenschaft aufrechnen, die er erst nach Konkursbeginn von einem anderen Gläubiger erworben hat.[1])

§ 13.

Die Besonderheiten der Kompensation im Nachlasskonkurs.

Durch die Eröffnung des Nachlasskonkurses gemäss §§ 214 ff. K. O. tritt nach § 1975 B. G. B., wenn der Erbe nicht für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 2013 B. G. B.) eine scharfe Trennung des Nachlasses vom übrigen Erbenvermögen ein. Eine Folge dieser Trennung ist, dass die Aufrechnung, welche ein Nachlassgläubiger vor der Eröffnung des Nachlasskonkurses gegen eine nicht zum Nachlass gehörende Forderung des Erben ohne dessen Zustimmung vorgenommen hat, nach der Eröffnung als nicht erfolgt anzusehen ist (§ 1977 Abs. B. G. B.). Denn es würde eine Vereitelung des Zweckes der beschränkten Erbenhaftung bedeuten, wenn durch die erklärte Aufrechnung der

[1]) Jäger § 53 A 23, § 55 A 12 und die dort angegebene Litteratur.

Erbe seine ganze Forderung einbüsste und sich dann wegen der Ersatzforderung (§ 1977 B. G. B.) mit einer Quote aus der Masse begnügen müsste.

Voraussetzungen der Ungültigkeit der Aufrechnung ist zweierlei:

1. Darf der Erbe nicht nach § 2013 B. G. B. unbeschränkt haften. Haftet der Erbe dem aufrechnenden Gläubiger unbeschränkt, so kann dieser auch nach der Eröffnung des Nachlasskonkurses die Forderung an den Nachlass gegen eine Erbforderung aufrechnen. Eine vor der Eröffnung des Konkurses erklärte Aufrechnung bleibt bestehen und wirksam.
2. Darf der Erbe der Aufrechnung nicht zugestimmt haben. Hat der Erbe der Aufrechnung zugestimmt, so ist die Aufrechnung voll wirksam. Denn der Erbe hat bis zur Eröffnung des Nachlasskonkurses d. h. bis zur Trennung der Vermögensmassen das freie Verfügungsrecht über die Nachlassgegenstände.

Gleichfalls ist die Kompensation unwirksam, wenn ein Erbengläubiger, der nicht zugleich Nachlassgläubiger ist, vor Konkursbeginn seine Forderung an den Erben gegen seine Schuld an den Nachlass ohne Zustimmung des Erben aufgerechnet hat und es tritt dann der Nachlasskonkurs ein (§ 1977 Abs. 2 B. G. B.). Diese Vorschrift des bürgerlichen Rechts ist im Interesse der Nachlassgläubiger aufgestellt, um zu verhindern, dass an die Stelle der sicheren Forderung des Nachlasses an den ursprünglichen Schuldner eine unsichere an den Erben trete. Deshalb wird man in diesem Falle auch eine wirklich erfolgte Zustimmung des Erben von dem Standpunkte zu prüfen haben, ob sie nicht vielleicht deshalb anfechtbar ist, (§ 30 ff. K. O.) weil sie unter den Anzeichen des Konkurses oder in der den aufrech-

nenden Erbengläubiger erkennbaren Absicht erfolgt ist, die Nachlassgläubiger zu schädigen.

Da der Erbe, wie bereits erwähnt, bis zur Eröffnung des Nachlasskonkurses über die Nachlassgegenstände frei zu verfügen berechtigt ist, so kann er, wenn er eine Forderung an den Nachlass hat, gegen seine Schuld an denselben vor der Eröffnung des Konkurses aufrechnen und bleibt diese Aufrechnung auch nach dem Konkursbeginn voll wirksam.

Im übrigen gelten die allgemeinen oben entwickelten Grundsätze.